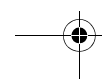
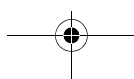
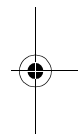
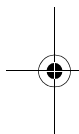


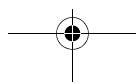
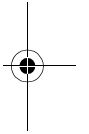
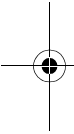


LES MODES DE COOPÉRATION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX AU REGARD DU DROIT EUROPÉEN

Contractualisation, mise en concurrence, marché public
et exception « in house »

Actes de la matinée d'études organisée à Namur
le 25 janvier 2008 par l'Association francophone des sciences
de l'administration et de la gestion publique (AFSA a.s.b.l.)







LES MODES DE COOPÉRATION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX AU REGARD DU DROIT EUROPÉEN

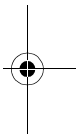
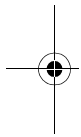
Contractualisation, mise en concurrence, marché public et exception « in house »

Actes de la matinée d'études organisée à Namur
le 25 janvier 2008 par l'Association francophone des sciences
de l'administration et de la gestion publique (AFSA a.s.b.l.)



Kluwer

a Wolters Kluwer business



Editeur responsable: Hans Suijkerbuijk
© 2008, Wolters Kluwer SA
Waterloo Office Park
Drève Richelle, 161 L
1410 Waterloo
Tél.: (0800) 16 868 (appel gratuit)
www.kluwer.be
contact@kluwer.be

Hormis les exceptions expressément fixées par la loi, aucun extrait de cette publication ne peut être reproduit, introduit dans un fichier de données automatisé, ni diffusé, sous quelque forme que ce soit, sans l'autorisation expresse et préalable et écrite de l'éditeur.

ISBN 978-90-86-70560-3
D 2008/8868/186
BP/AFSA-BI8001

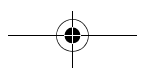


TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	1
CHAPITRE 1	
LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DROIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS: LA THÉORIE DE L'IN HOUSE	37
<i>Présentation</i>	37
§ 1 – Introduction	37
§ 2 – Le droit dérivé	38
§ 3 – Les contours épurés de l'expression «marché public» en droit communautaire	40
<i>Section 1 – Le(s) objet(s): «tu» n'es plus «toi», et pas encore un «autre»</i>	41
§ 4 – Une relation contractuelle: l'objet et la contrepartie	41
§ 5 – Une prestation économique en échange d'un prix déterminable.	45
§ 6 – Des travaux ou ouvrages en échange d'un droit d'exploitation.	46
§ 7 – Des services ou des fournitures en échange d'un droit d'exploitation: le principe de l'exclusion	46
§ 8 – Des services en échange d'un droit d'exploitation: le contentieux relatif au principe de l'exclusion	48
§ 9 – Des services en échange d'un droit d'exploitation: le point de vue de la Commission européenne	53
§ 10 – Des services en échange d'un droit d'exploitation: les nouvelles modalités du principe de l'exclusion	55
§ 11 – Fin de l'histoire: la concession de service public n'est plus ce qu'elle était.....	56
<i>Section 2 – Le(s) sujet(s): la maison, le jardin et les voisins</i>	59
§ 12 – La personne qui commande les prestations	59
§ 13 – La personne qui exécute les prestations.	64
§ 14 – Le principe de l'assimilation entre le prestataire public et le prestataire privé	64
§ 15 – La maison.	66
Kluwer – Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen	V

TABLE DES MATIÈRES

§ 16 – Le jardin	69
§ 17 – Les extensions	73
§ 18 – La terrasse	76
§ 19 – Le nettoyage de printemps	83
<i>Conclusion</i>	85
CHAPITRE 2	
LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN	87
<i>Introduction</i>	87
<i>Section 1 – Le droit des marches publics</i>	88
§ 1 – Les traits majeurs du droit des marches publics	88
§ 2 – Applications dans le domaine de la gestion des services publics locaux	97
§ 3 – Applications dans le domaine de l'organisation	101
<i>Section 2 – Le droit de la concurrence</i>	105
§ 1 – Applicabilité du droit de la concurrence	105
§ 2 – Mode de gestion	107
§ 3 – Modes d'organisation	109
§ 4 – Modes de financement	112
§ 5 – Derogation: l'article 86, § 2, CE	114
<i>Conclusions</i>	116
CHAPITRE 3	
LA THÉORIE DU «IN HOUSE» ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE	119
<i>Section 1 – Introduction</i>	119
<i>Section 2 – Quelles sont les possibilités de coopération que prévoit le décret portant réglementation de la coopération intercommunale?</i>	122
<i>Section 3 – Quelles sont, selon la Cour de justice, les conditions auxquelles la relation adjudicateur – adjudicataire doit répondre afin de pouvoir être considérée comme un «marché in house»?</i>	128



TABLE DES MATIÈRES

Section 4 – La relation communes participantes – structure de coopération intercommunale répond-elle aux conditions de la théorie «in house», telle qu’avancée par la Cour de justice? 130

Section 5 – Comment les autorités flamandes considèrent-elles la théorie du «in house», telle qu’avancée par la Cour de justice? 136

Section 6 – Comment les communes et les structures de coopération intercommunale envisagent-elles la théorie «in house»? 139

Section 7 – Conclusion 144

CHAPITRE 4
LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN POUR LA
GESTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX:
L’EXPÉRIENCE BRUXELLOISE 145

Section 1 – Délimitation du sujet 145

Section 2 – Les différents types de réponses aux questions de la Commission européenne 147

§ 1 – Il y a eu plusieurs paliers de réponses dans un contexte juridique incertain 147

§ 1 – Brefs retours sur le «in house» 149

§ 3 – Le choix de l’octroi de droits exclusifs. 151

§ 4 – Une actualisation de la théorie de la substitution? 153

Section 3 – L’intercommunale de gestion des réseaux de distribution de gaz et d’électricité 154

§ 1 – Situation du marché de l’énergie 154

§ 2 – Structure et missions exclusives de Sibelga 155

§ 3 – Situation de Sibelga si le «in house» ne lui est pas reconnu. 157

Section 4 – Les deux intercommunales dans le secteur de l’eau 161

§ 1 – La situation du secteur de l’eau 161

§ 2 – Structures et missions exclusives de l’IBDE et Vivaqua 161

§ 3 – La situation de l’IBDE et de Vivaqua si le «in house» ne leur était pas reconnu. 164

Section 5 – Préserver le rôle historiquement et économiquement justifié des communes 170

TABLE DES MATIÈRES

CHAPITRE 5	
LA RÉGION WALLONNE FACE À L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE «IN HOUSE»	175
<i>Introduction</i>	175
<i>Section 1 – La rationalisation des intercommunales wallonnes</i>	175
<i>Section 2 – Les arrêts de la cour de justice et les mises en demeures de la commission</i>	178
<i>Section 3 – La circulaire du 13 juillet 2006</i>	181
<i>Section 4 – Le décret du 19 juillet 2006</i>	184
<i>Conclusion</i>	191
CHAPITRE 6	
EXERCICE DE SYNTHÈSE – DISSONANCES ET RESSEMBLANCES ENTRE LES RÉPONSES APPORTÉES PAR LES TROIS RÉGIONS	193
CHAPITRE 7	
L'APPLICATION CONCRÈTE DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS À LA PROBLÉMATIQUE CONCERNÉE: LE POINT DE VUE DU PRATICIEN	203
CHAPITRE 8	
LES MODES DE COOPÉRATION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX: LA SITUATION VUE PAR LE RESPONSABLE D'UNE INTERCOMMUNALE DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE	211
CHAPITRE 9	
LES SERVICES PUBLICS LOCAUX, LA CONCURRENCE, LES MARCHÉS PUBLICS ET LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES	219
<i>Section 1 – Le temps de l'introspection, de la découverte et des incertitudes</i>	219
§ 1 – Introduction	219
§ 2 – La concurrence en matière d'activités économiques	220
§ 3 – Les premiers indices jurisprudentiels	221



TABLE DES MATIÈRES

Section 2 – Le temps de la conscientisation et de la désolation: illusions et désillusions (la lente agonie des prestations intégrées externes) 222

 § 4 – Les exigences du Conseil d’Etat. 222

 § 5 – La jurisprudence de la C.J.C.E. 222

 § 6 – En résumé 224

 § 7 – Les aides d’Etat. 225

Section 3 – Le temps de la réaction et de la (re)construction 225

 § 8 – Considérations générales 225

 § 9 – Dans les trois régions 226

 § 10 – Région wallonne 226

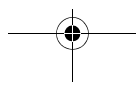
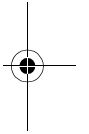
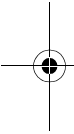
 § 11 – En Région bruxelloise. 227

 § 12 – En Région flamande 228

Section 4 – L’initiative publique jugulée au nom de la liberté économique ou la subordination de la prise en charge des besoins d’intérêt général à la logique du marché: une inversion malheureuse des valeurs 228

 § 13 – L’impartialité 228

 § 14 – Conclusions. 229





AVANT-PROPOS

par
Philippe QUERTAINMONT
Professeur à l'U.L.B.
Président de l'AFSA

Introduction

1. Le 25 janvier dernier, l'Association francophone des sciences de l'administration et de la gestion publiques organisait à Namur, dans l'hémicycle du Parlement wallon, une matinée d'études consacrée aux modes de coopération des services publics locaux au regard des contraintes du droit européen.

Il s'agissait dans l'esprit de notre Association, qui a pour vocation de suivre de près toutes les évolutions de l'action publique, de prendre en compte l'importante évolution du droit communautaire en rapport avec la gestion des services publics locaux, et particulièrement les relations entre communes, intercommunales mixtes et régies communales autonomes. En filigrane se profilait la problématique de l'application de la réglementation des marchés publics découlant notamment de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, dans ses arrêts (abondamment disséqués par la doctrine) *TECKAL*, *STADT HALLE*, et plus récemment *CARBOTERMO* et *ASEMFO*.

Compte tenu de la rareté de la jurisprudence belge et des hésitations de la doctrine, c'est surtout sous l'angle du droit européen et de l'aménagement des conditions de concurrence entre le secteur public et le secteur privé, que la problématique exposée devait être éclaircie. La question est plus précisément celle de l'incidence du droit communautaire lorsque des personnes publiques décident d'«externaliser» certaines de leurs tâches en créant un organisme spécifique ou en faisant appel à des organismes déjà existants pour l'exécution d'un travail ou d'une fourniture ou une prestation de services. Tel est le cas par exemple d'une intercommunale mixte auxquelles les communes associées délèguent l'accomplissement de certaines tâches. Dans l'optique du droit communautaire, le partenaire des communes ne saurait profiter de sa position privilégiée pour se voir confier certaines tâches sans mise en concurrence préalable.

En outre, le droit communautaire impose des obligations de transparence pour éviter qu'un organisme public qui exerce des missions sur un marché concurrentiel



PHILIPPE QUERTAINMONT

ne puisse profiter d'avantages, tels que des droits exclusif injustifiés, qui résulteraient pour lui de sa qualité de personne de droit public.

2. La qualité et l'intérêt des exposés qui ont été présentés au cours de cette manifestation scientifique justifiaient sans aucun doute le choix du thème étudié. En réalité, ce thème, abordé sous plusieurs facettes par des spécialistes venant de divers horizons, était plus vaste encore que ce que notre Association avait présumé en organisant cette matinée d'études.

A cet égard, les rapports introductifs de Me Ann-Lawrence DURVIAUX et de M. Pierre NIHOUL se complétaient utilement, en ce qu'ils ont cerné les relations entre le droit des marchés publics et le droit de la concurrence et montré les conséquences concrètes des directives marchés publics sur les modes d'organisation et de fonctionnement de nos services publics locaux.

Il ressort notamment de la contribution de la première citée que c'est le concept même de «marché public» dans le droit dérivé communautaire qui, par les incertitudes qu'il soulève, fait problème. Il en va spécialement ainsi quant à l'articulation entre les deux figures juridiques que sont les «marchés publics» et les «contrats publics».

Tout a par ailleurs été dit sur la théorie du «*In House Providing*»¹ et ses incertitudes. En principe, les relations entre le pouvoir public qui a renoncé à exercer une mission «en interne» pour faire appel à une entité externe ne peuvent échapper à toute obligation de mise en concurrence, ce qui impose une procédure transparente de passation d'un marché public ou d'un contrat de concession.

Une telle procédure, imposée par la législation sur les marchés publics, dont il faut rappeler qu'elle demeure une compétence fédérale² constitue la garantie de la régularité de la passation des marchés et de la bonne utilisation des deniers publics. L'objectif de cette législation est de trouver un juste équilibre entre les impératifs de transparence et de sécurité juridique, de souplesse et d'efficacité économique tant pour les pouvoirs adjudicateurs que pour les entreprises bénéficiaires.

1. En bon français, le professeur M.-A. Flamme lui préfère l'expression «prestations en régie» ou «intégrées», tandis que P. Delvolvé parle de «contrats-maison» («Marchés publics: les critères des "contrats-maison" », Rev. dr. Union eur., 1/2002, p. 53).

Les prestations dites *in house* sont en réalité effectuées de manière «quasi interne».

2. Tout au moins les «règles générales». Mais, ainsi que l'a souligné la Cour constitutionnelle, la compétence fédérale ne peut être exercée que dans le seul objectif de garantir les principes énumérés à l'article 6, § 1^{er}, VI, de la loi spéciale du 8 août 1980 (notamment la libre-circulation des biens et des services). En outre cette compétence «générale» doit être comprise en combinaison avec la compétence des Communautés et des Régions leur permettant de fixer des règles complémentaires en matière de marchés publics dans le cadre des matières qui relèvent de leurs compétences (voy. notamment l'arrêt n° 6/96 du 18 janvier 1996).

AVANT-PROPOS

Au cours de la matinée d'études du 25 janvier 2008, avocats, professeurs et praticiens de la gestion publique ont ainsi apporté leur contribution à l'analyse d'une situation qui touche directement à l'autonomie communale et à la compatibilité des modes de gestion des services publics locaux avec le droit communautaire.

Des communications ont aussi été présentées en vue d'analyser les stratégies ou les réponses institutionnelles apportées par les Régions wallonne, flamande et bruxelloise en vue de mettre en place des schémas de relations intercommunales permettant d'échapper aux contraintes des directives européennes en matière de marchés publics. Ces communications sont également porteuses d'idées neuves en ce qui concerne des questions telles que la filialisation de certaines activités des intercommunales, ou le dessaisissement de certaines activités des communes au profit d'organes décentralisés.

L'Europe et le dogme de la concurrence

3. On rappellera tout d'abord l'existence au niveau supranational d'un *droit européen de la concurrence* particulièrement contraignant, et le plus souvent peu en harmonie avec les traditions de certains Etats membres quant à l'organisation de leurs services publics traditionnels. Le principe fondamental de concurrence est à la base même de toute l'économie communautaire et se trouve inscrit dans un grand nombre d'articles des Traités et des règlements d'application, dont l'objet final, à travers des dispositions d'ordre économique, financier et social, est de rendre la concurrence égale pour tous.

Ainsi, l'article 81 du Traité CE interdit tous accords entre entreprises et toutes pratiques concertées *«qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun»*. Quant à l'article 82, il déclare qu'*«est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans un partie substantielle de celui-ci»*.

On sait également que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes a donné une interprétation très large de la notion d'«entreprise» figurant aux articles 81 et suivants du Traité. L'arrêt classiquement cité est ici l'arrêt HÖFNER³, où était mis en cause le monopole de placement reconnu par la législation allemande à l'Office fédéral pour l'emploi. La Cour de justice a considéré cet

3. Aff. n° 41/90, 23 avril 1991, *Rec.*, p. 1979.

PHILIPPE QUERTAINMONT

établissement public, qui a toutes les caractéristiques d'un service public administratif, comme une entreprise soumise au droit communautaire de la concurrence.

Dans le contexte du droit de la concurrence, ce n'est en effet pas le statut juridique de l'entité ni son mode de financement qui importent, mais bien la nature économique de l'activité exercée, c'est-à-dire offrir des biens ou des services sur un marché donné⁴.

4. Il en résulte qu'en tout état de cause, les prérogatives inhérentes à la puissance publique ne sauraient plus faire échec au fait que le droit de la concurrence est régi par le principe d'égalité. Pour qu'elle puisse s'exercer librement, la concurrence suppose en effet que les différents agents économiques — publics et privés — soient placés sur un pied d'égalité⁵.

A ce point de vue, on retiendra cependant les pertinentes observations d'A.-L. DURVIAUX qui, dans sa thèse de doctorat, montre que l'égalité dans la concurrence est, au stade actuel de la construction communautaire et dans l'état actuel du savoir économique, quasiment impossible à matérialiser dans le cadre d'une procédure d'enchères⁶. Sauf à accepter, constate-t-elle, qu'elle se réduise à un simulacre de concurrence.

En outre, cette soumission à un traitement égalitaire présente le risque d'entraîner une réelle discrimination à l'égard des entreprises publiques, considérées par le droit communautaire comme se trouvant sous «l'influence dominante» des pouvoirs publics⁷.

A cela s'ajoute la constatation que les services publics à caractère industriel et commercial ont, ces dernières années, été en butte à l'orientation de la politique communautaire de la concurrence vers *un libéralisme économique plus exigeant*. La Commission européenne est spécialement apparue comme le «fer de lance» de cette évolution: à coup de directives, elle s'est efforcée de promouvoir la concurrence et d'imposer un programme radical de «dérégulation» (télécommunications, transports aériens, énergie, transports,...).

5. Dans un tel contexte, c'est bien sous l'angle des distorsions possibles de concurrence et non de l'application du droit dérivé des marchés publics, qu'a été très débattue ces dernières années devant la Cour de justice la question de la liberté des

4. Arrêt de la Cour du 12 septembre 2000, *Pavlov et a.*, C-184/98, Rec. p. I-6451, points 74 et 75, ainsi que les réf. citées; arrêt du Tribunal du 12 décembre 2000, *Aéroports de Paris c. Commission*, T-128/98, Rec. p. II-3929, point 107.

5. Pour une vue d'ensemble récente, voy. Ph. TERNEYRE, «Secteur public et concurrence: la convergence des principes», *Act.jur. D.A.*, 2007, p. 1906.

6. Nous résumons à l'excès son point de vue. Pour plus de détails, voy.: *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, Bruxelles, Larcier, 2006, spéc. p. 217 et s.

7. Voy. M. DEBÈNE, «Entreprises publiques et marché unique, entre assimilation et suspicion», *Act. jur. D.A.*, 1992, p. 245.

AVANT-PROPOS

personnes de droit public d'«externaliser» certaines tâches en faisant appel à des organismes extérieurs. Tel est précisément le cas des intercommunales qui effectuent des prestations pour le compte des communes associées. Il faut en effet éviter qu'en faisant appel à un opérateur externe sans le mettre en concurrence avec d'autres opérateurs dans le cadre d'un marché public ou d'une concession, les pouvoirs publics ne perturbent les mécanismes normaux de la concurrence⁸.

Conformément à une jurisprudence communautaire maintenant bien établie, la mise en concurrence ne constitue pas un impératif catégorique, pour autant que l'entité liée, et quand bien même elle serait juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, demeure soumise à un «contrôle analogue» à celui que ce pouvoir public exerce sur ses propres services et réalise l'essentiel de ses activités avec l'autorité publique qui la détient⁹. En pareille hypothèse en effet, l'opération contractuelle doit être considérée comme relevant de la «gestion interne» de la collectivité contractante: il s'agit d'un contrat *in house*, c'est-à-dire d'une «prestation intégrée».

La théorie de la substitution revisitée

6. Nous voudrions revenir sur le «célèbre» arrêt rendu le 2 décembre 1981 par le Conseil d'Etat, dans l'affaire opposant la Fédération nationale des entrepreneurs routiers à l'Intercommunale liégeoise de voirie. Cet arrêt, cité par plusieurs intervenants au cours de la matinée d'études, reste intéressant à plus d'un titre.

En bref¹⁰, cette affaire a illustré le problème créé par la situation de l'Intercommunale liégeoise de voirie, entreprise publique qui se présente sur le marché en concurrence avec les entrepreneurs de voirie du secteur privé, mais bénéficie néanmoins, en raison de son caractère public, de certaines prérogatives de nature à l'avantager. A la suite de griefs formulés par les entrepreneurs privés, qui estimaient que les conditions de fonctionnement de l'intercommunale faussaient la

8. Sur l'ensemble du problème, voy. E. FATÔME et A. MÉNÉMÉNIS, «Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques; éléments d'analyse», *Act. jur. D.A.*, 2006, p. 67.

9. Pour plus de détails, voy. parmi d'autres analyses: D. DÉOM, «Quel avenir pour le service public local à l'heure européenne? Le point sur la jurisprudence de la Cour européenne de Justice», *Mouv. comm.*, 2004, p. 462; A.-L. DURVIAUX et N. THIRION, «Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire», *J.T.*, 2004, spéc. pp. 23-25; Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et Cl. DARDENNE, *Les marchés publics européens et belges, l'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2005, spéc. p. 27 et s.

10. Pour plus de détails, voy. P.-J. DELAHAUT, «L'arrêt Fédération nationale des entrepreneurs routiers ou la fin du socialisme municipal», *A.P.T.*, 1983, p. 76; Ph. QUERTAINMONT, «La concurrence du secteur public aux entreprises privées», *A.P.T.*, 1982, spéc. p. 148 et s.

PHILIPPE QUERTAINMONT

concurrence, le Conseil d'Etat a été amené à rendre près d'une vingtaine d'arrêts dans lesquels l'intercommunale concernée était mise en cause¹¹.

Par son arrêt précité du 2 décembre 1981, le Conseil d'Etat a accueilli le recours introduit par la Fédération des entrepreneurs routiers contre une modification statutaire visant à permettre à l'intercommunale, par le biais du concept de «régie intercommunale», de se voir confier des travaux par les communes, sans respecter les règles de concurrence et en dehors de tout contrôle de l'autorité de tutelle.

La modification statutaire litigieuse précisait que:

«L'Intercommunale est substituée aux communes associées lorsque celles-ci décident de lui confier l'exécution de leurs travaux. Les communes conservent toutefois leur entière liberté de recourir à d'autres moyens d'exécution tels que: travail en régie, marché de gré à gré, appels d'offres ou adjudications publiques (...)».

Selon la fédération requérante, il en résultait une rupture de l'égalité dans la concurrence entre l'intercommunale de voirie et les entrepreneurs de travaux publics, puisque la modification statutaire précitée avait pour but déterminant de faire échapper les communes associées à la législation sur les marchés publics, qui oblige toute personne de droit public à passer ses marchés de travaux avec concurrence suivant les modes prévus par cette loi, et de la loi communale, qui soumet pareils actes à un contrôle de tutelle.

En accueillant le recours, le Conseil d'Etat a condamné en l'espèce la voie nouvelle de la «régie intercommunale», laquelle aurait permis, au gré de la commune affiliée et de son intercommunale, de décider *a priori* que la réalisation de tel projet de travaux de voirie serait «intercommunalisée» et donc assumée par l'intercommunale substituée à la commune et identifiée à celle-ci. De sorte qu'en l'absence de marché entre deux entités juridiques distinctes, l'accord intervenu échapperait à la fois aux règles de concurrence prescrites par la loi pour les marchés publics et au contrôle des autorités de tutelle¹².

11. Voy. à ce sujet: M.-A. FLAMME, «Du contrôle de la passation des marchés de travaux publics par les communes et de l'incidence du socialisme municipal sur le principe de la liberté du commerce et de l'industrie», *R.J.D.A.*, 1959, p. 266.

12. On rapprochera l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 décembre 1981 du jugement du tribunal administratif de Strasbourg du 29 décembre 1995 qui a annulé la délibération par laquelle une commune avait effectué des travaux pour le compte d'autres communes, au motif que ces travaux ne relevaient pas d'une spécificité rare et que leur réalisation constituait une concurrence directe pour les entreprises du secteur privé (*Petites Affiches*, 23 août 1996, p. 6).

AVANT-PROPOS

7. La *théorie de la substitution* consacrée par cet arrêt, et qui permet d'examiner s'il y a ou non marché public, conserve à notre sens toute son actualité (pour autant qu'il s'agisse d'une intercommunale pure et non d'une société d'économie mixte). Dans le cas de la substitution, l'association intercommunale exerce nécessairement en lieu et place de la commune les compétences qui lui reviennent en vertu du dessaisissement de sa compétence par la commune. Il ne saurait, dès lors, y avoir de mise en concurrence puisque le pouvoir auquel est confiée la compétence de décider de la nécessité ou de l'opportunité des travaux, les réalise lui-même¹³.

En remontant davantage dans le temps, on peut encore citer l'arrêt du Conseil d'Etat n° 11.262 du 28 mai 1965¹⁴: dans cette espèce, des requérants attaquaient l'acte par lequel la ville d'Anvers avait octroyé à l'*Intercommunale maatschappij voor electriciteitsbedeling Antwerpen* (IMEA-une intercommunale mixte) la concession de la distribution d'énergie électrique sur son territoire. La requête critiquait la circonstance que l'acte de concession avait été accordé de gré à gré et non par voie d'adjudication publique.

Ce moyen a été rejeté par le Conseil d'Etat dans les termes suivants: «*L'article 8 de la loi du 10 mars 1925, qui prévoit que la concession, par une commune ou une intercommunale, à un tiers, particulier ou société, de la distribution de l'énergie électrique fait l'objet d'une adjudication publique, ne trouve pas à s'appliquer lorsque, en application de l'article 6 de la même loi, des communes confient l'exploitation de la distribution de l'énergie électrique sur leur territoire à une association intercommunale*».

La substitution impliquait en effet que la ville d'Anvers déléguante avait été totalement «dessaisie», c'est-à-dire avait perdu ses compétences en matière de distribution d'énergie et ne pouvait plus intervenir dans l'exécution de la tâche déléguée.

8. En relisant ces anciens arrêts *Intercommunale liégeoise de voirie* et *IMEA*, on peut en inférer, bien longtemps avant l'arrivée de la jurisprudence *TECKAL* de la Cour de justice de Luxembourg, que la question cruciale revient à examiner si les relations entre les communes et l'entité externe qu'elles ont créée sont le résultat du concours de deux volontés autonomes représentant des intérêts distincts, comme le sont les relations contractuelles classiques entre deux personnes juridiques distinctes?

13. Par contre, dans l'espèce tranchée par l'arrêt du Conseil d'Etat du 2 décembre 1981, il n'y avait pas de réelle substitution puisqu'il était apparu à la lecture des dispositions statutaires, et à l'inverse de ce qui était affirmé, que l'intercommunale ne procédait qu'aux actes matériels et se contentait d'exécuter matériellement les travaux décidés par l'une des communes associées.

14. *R.A.C.E.*, p. 534.

PHILIPPE QUERTAINMONT

Réactualisée à la lumière de la jurisprudence européenne contemporaine, la théorie dite de la substitution¹⁵ ne nous paraît, dès lors, pas dépassée. Reformulée, elle revient aujourd'hui à savoir:

- si les statuts de l'intercommunale prévoient que son objet social se réalise en tout ou en partie dans le cadre de conventions passées avec les communes associées, et dans une telle hypothèse une mise en concurrence s'impose;
- ou si les communes, en s'associant à l'intercommunale, se sont dessaisies d'une partie de leurs compétences décisionnelles au profit de l'intercommunale, celle-ci réalisant l'objet social sur le territoire des communes associées sans que ces dernières ne doivent encore intervenir. Dans ce cas, un véritable transfert de compétences s'est opéré au moment de la constitution de l'intercommunale ou de l'affiliation de la commune¹⁶.

Force est toutefois de reconnaître que cette conception du dessaisissement total de la commune par substitution d'action d'une intercommunale, n'a pas vraiment convaincu la Commission européenne, qui ne voit pas là un réel transfert de compétences mais un simple transfert de la gestion.

Les contraintes européennes pesant sur le mode de gestion des services publics locaux: vue d'ensemble

9. Les contraintes du droit communautaire de la concurrence et la jurisprudence découlant des arrêts *TECKAL*, *STADT HALLE* et autres posent-ils ainsi «plus de problèmes aux sociétés d'économie mixte et aux services d'intérêt général qu'il n'en résout», pour reprendre les termes d'un avis du Comité des Régions? Telle est la question fondamentale, qui débouche sur nombre de controverses et incertitudes, comme les interventions au cours de la matinée d'études l'ont mis en évidence.

Il en va d'autant plus ainsi que certains arrêts importants rendus en la matière par la Cour de justice ne vont pas dans le même sens que les conclusions de ses avocats généraux. La jurisprudence de la Cour se révèle au surplus évolutive et fluctuante, comme en témoignent les récents arrêts *CARBOTERMO* (mai 2006) et *ASEMFO* (avril 2007).

Pour rappel, la Commission européenne a adressé à la Belgique comme d'ailleurs à d'autres Etats membres, dont la France des mises en demeure concer-

15. Sur cette théorie, voy. encore: P. THIEL, «L'application des marchés publics aux relations entre deux pouvoirs publics», *Mouv. comm.*, 2000, p. 192.

16. C'est aussi le point de vue de l'un des meilleurs connaisseurs de l'intercommunalité (J. VANHAEVERBEEK, «Le renforcement du rôle des mandataires publics dans les intercommunales wallonnes», *Droit comm.*, 2007/2-3, p. 63).

AVANT-PROPOS

nant la compatibilité des modes de gestion des services locaux avec la législation communautaire des marchés publics.

Une première mise en demeure remonte au 16 octobre 2002. Pour l'essentiel, la Commission européenne reprochait aux législations régionales relatives aux intercommunales ou aux régies communales autonomes de ne pas prévoir de mise en concurrence lorsque les communes confient à une entité autonome la responsabilité d'assumer un service public à caractère économique.

Une nouvelle mise en demeure portant sur le même objet a été envoyée le 16 décembre 2003, la Commission européenne estimant les réponses reçues des autorités belges «insuffisamment précises».

10. Après avoir pris connaissance de l'argumentation des autorités belges envoyée le 24 février 2004 en réponse à la mise en demeure, la Commission a ensuite souhaité rencontrer les autorités belges afin de discuter des conséquences de l'arrêt de la Cour de justice du 11 janvier 2005 (*STADT HALLE*) sur le respect par la Belgique des règles de concurrence au sein des entités regroupant des partenaires publics et privés, telles que les intercommunales mixtes.

On sait que l'arrêt *STADT HALLE*¹⁷ a précisé la jurisprudence *TECKAL*, sur lequel la Commission se fondait dans ses mises en demeure. Cet arrêt a permis d'affiner la notion de «contrôle analogue»: 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. Le même arrêt souligne également que «*tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente que la poursuite d'objectifs d'intérêt public*» et qu'en tout état de cause «*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 à la directive 92/50, 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*».

Quant à la portée pratique de cette jurisprudence, D. DÉOM¹⁸ a bien mis en évidence qu'elle implique qu'une commune ou un autre pouvoir adjudicateur ne peut pas recourir aux services d'une intercommunale mixte (ou de toute

17. *Mouv. comm.*, 2005, p. 121 avec obs. P. Blondiau.

18. D. DÉOM, «Intercommunales, régies et tutti quanti: quelques échos de Luxembourg en matière de marchés publics», *Droit communal*, 2005/5, p. 31. Voir également, sur les conséquences de cette jurisprudence, E. FÂTOME et A. MÉNÉMENIS, «Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques: éléments d'analyse», *ét. cit.*, 2006, p. 67..

PHILIPPE QUERTAINMONT

autre structure mixte) sans la mettre en concurrence conformément aux règles des marchés publics. Selon le même auteur, les régies communales autonomes dont les organes de gestion comporteraient une participation privée minoritaire feraient vraisemblablement l'objet de la même appréciation de la Cour, bien qu'il ne s'agisse pas d'une société ni, partant, d'une véritable participation au capital. Sauf le cas échéant à considérer que les entités visées sont titulaires de droits exclusifs (par exemple un monopole) ou de droits spéciaux, puisque dans ce cas les directives «marchés publics» excluent de leur champ d'application les relations avec les titulaires de tels droits.

Dans le même sens, l'intervention au cours de la matinée d'études du responsable de l'intercommunale d'IGRETEC, M. Marc DEBOIS, a mis en évidence que la notion même de «contrôle analogue», en ce qu'il exclut la participation de partenaires privés, remet fondamentalement en cause les participations du secteur privé au sein d'intercommunales mixtes. Compte tenu de la structure même de la coopération intercommunale, par laquelle chacune des entités publiques associées se voit privée d'un contrôle exclusif sur l'organisme créé, (et sauf à prévoir un dispositif permettant aux entités publiques associées d'exercer une influence déterminante sur les décisions importantes des intercommunales), la question de savoir si l'exigence d'un «contrôle analogue» est rencontrée risque bien de rencontrer dans chaque cas d'espèce une réponse négative.

Quant aux a.s.b.l. communales, il est peu fréquent que la commune se soit dessaisie de l'intégralité de sa compétence lorsqu'elle lui confie une mission de service public. Mais sans doute conviendrait-il de distinguer les a.s.b.l. qui apparaissent comme un véritable prolongement de l'administration des autres qui, nées d'initiative privée et gérées par des personnes privées, sont associées à l'action administrative et participent à des actions d'intérêt général en concertation avec l'autorité communale¹⁹.

11. En fin de compte, après publication par les Régions de textes explicatifs exposant les conséquences de l'arrêt *STADT HALLE* du 11 janvier 2005 pour la passation de marchés publics à des entités mixtes qui exécutent des services publics locaux, les services de la Commission ont, le 21 décembre 2007, «considéré le cadre juridique applicable clarifié» et ont annoncé leur intention de proposer le classement de l'affaire.

Toutefois, la Commission se réserve le droit de demander aux autorités d'autres clarifications lorsqu'il s'agit d'entités dans lesquelles participent uniquement des entités publiques. Elle se réserve également «le droit d'introduire, dans des cas

19. En ce sens, voy. D. DE ROY, «Etre ou ne pas être... autorité administrative. Vers de nouvelles questions existentielles pour les A.S.B.L. satellites des institutions communales?», *Droit communal*, 2002, p. 200; L. DERIDDER, «De publiekrechtelijke V.Z.W. onder de loep genomen», *De V.Z.W. naar huidig en komend recht*, Bruxelles, Jura Falconis, 2000, p. 227.

AVANT-PROPOS

spécifiques, une procédure d'infraction lorsqu'un mode de gestion, fût-il strictement public ou mixte, ne tiendrait pas compte des règles communautaires applicables aux marchés publics»²⁰.

On notera qu'entre-temps, le 11 mai 2006, était intervenu un nouvel arrêt rendu dans l'affaire C C-340/04, *CARBOTERMO*²¹. Cet arrêt précise encore les deux conditions permettant de considérer qu'une relation juridique est *in house*. On comprend notamment, à la lecture de cet arrêt, que le critère du «contrôle analogue» ne se résume pas à celui de la simple «influence dominante». Plus précisément, dans cet arrêt, la Cour rappelle les critères permettant à une commune d'attribuer directement un marché à une entreprise qu'elle détient sans appel d'offre. La société adjudicataire:

- doit être soumise à un contrôle du pouvoir adjudicateur lui permettant d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société mais le contour de ce contrôle n'est pas autrement défini;
- doit réaliser l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient (l'activité de l'entreprise est consacrée principalement à la collectivité ou aux collectivités qui la détiennent, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal).

12. La problématique de l'«externalisation» de certaines tâches par les communes n'est évidemment pas propre à la Belgique mais touche tous les pays de droit romain, où les notions de service public et de puissance publique demeurent des références obligées du droit administratif. En outre, dans les autres pays de l'Union européenne, nombre d'activités réalisées au niveau des municipalités ou des collectivités locales le sont par des structures souvent très différentes de celles que nous connaissons en Belgique.

Ainsi, et sans même évoquer l'Italie et l'Allemagne, la Commission européenne a en 2007 ouvert une procédure d'infraction contre la France en rapport avec la «mutuellisation» de services, c'est-à-dire les «services partagés» entre les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) et leurs communes membres. Sont visées les lois françaises du 27 février 2002 modifiant le Code général des collectivités territoriales et du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, qui permettent aux EPCI et aux communes de réaliser entre eux des mises à disposition de services et de personnel par un mécanisme conventionnel appelé «mutualisation».

20. Lettre de la Commission, Direction générale Marché intérieur et Services, du 21 décembre 2007.

21. Pour un excellent commentaire, voy. C. Dubois, «To be or not to be “in house”? Observations relatives à l'exception “In house” après l'arrêt Carbotermo», C.D.P.K., 2007/2, p. 213. Voy. également: A.-L. Durviaux, «Les relations *in house*; un pas de plus dans une direction délicate», *A.P.T.*, 2006, p. 95.

PHILIPPE QUERTAINMONT

La Commission considère que cette procédure, dont les modalités et la rémunération sont fixées par une convention, revient à attribuer de gré à gré un marché public aux services d'une collectivité territoriale sans respecter les procédures de passation prévues par les directives marchés publics²².

13. Au total, et à l'instar de Philippe FLAMME²³, L'on ne peut qu'être frappé par le caractère absurde et la perte d'énergie résultant de la situation qui voit les communes mettre en place un opérateur public ou mixte pour gérer un certain type d'activités, pour ensuite devoir organiser une procédure de mise en concurrence qui impliquera que le marché ne sera finalement peut-être pas obtenu par l'opérateur qui avait été spécialement mis en place.

L'on pense également à la situation de petites communes qui ne disposent pas des services techniques compétents pour élaborer des marchés importants et qui souhaitent dès lors confier l'étude et le lancement de tels marchés à une structure décentralisée.

De même, Dimitri YERNAULT a souligné le paradoxe qui tient à ce qu'initialement la jurisprudence européenne sur le *in house* était conçue pour faciliter la vie des Etats membres et de leurs démembrements puisque de nature à écarter l'application des règles sur les marchés publics et les concessions de service public²⁴. On a vu que cette conception originelle s'est vue par la suite dévoyée, au gré des fluctuations de la jurisprudence qui a compliqué la mise en pratique du *in house*.

La mise en péril des partenariats public-privé

14. On sait que sans être une réelle innovation²⁵ et répondant en partie à un effet de mode, ces partenariats sont de plus en plus présents et correspondent à un besoin pressant d'optimiser l'argent public dans une période de contraintes budgétaires.

Rappelons qu'en principe, le contrat de partenariat permet d'externaliser une maîtrise d'ouvrage et, par conséquent, de transférer au partenaire privé l'essentiel des risques de construction, conception, maintenance et financement de l'ouvrage.

22. Pour plus de détails, voy. J.-D. DREYFUS, «Mutualisation des services et mise en concurrence. Autour des notions de bonne organisation des services et de prestation hors marché», *Act. jur. D.A.*, 2007, p. 1865.

23. Voir sa contribution dans le présent ouvrage, p...

24. «La contractualisation (forcée?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public», *Rev. Dr. U.L.B.*, 2006, vol. 33, p. 205.

25. Voy. M.-A. FLAMME et a., *Les marchés publics européens et belges. L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, op. cit., n° 181 et s.; J.-L. SON, «Le Partenariat Public-Privé, nouvelle panacée ou méthode réellement innovante pour le développement de projets publics?», *Cah. de l'Urbanisme*, mars 2008, p. 34.

AVANT-PROPOS

Il n'est cependant pas évident de mesurer, surtout pour des élus communaux, les avantages comparatifs de tels partenariats au regard des commandes publiques classiques ou des concessions, qui font également appel aux opérateurs privés. Les PPP ont notamment de fortes incidences en termes financiers, puisqu'ils modifient substantiellement, au-delà des aspects juridiques, les engagements des partenaires, à la fois dans leur nature et dans le temps²⁶.

Quoi qu'il en soit, à l'heure où les contrats de partenariat sont manifestement appelés à connaître un essor certain dans les collectivités locales, il apparaît paradoxal que la jurisprudence de la Cour de justice remet précisément en question la possibilité pour les communes de s'associer avec des partenaires privés (essentiellement au sein de sociétés d'économie mixte). Tout au moins la vision restrictive développée par la Cour de justice de la relation juridique *in house* et l'obligation de mise en concurrence découlant de la jurisprudence *TECKAL* et autres fait perdre à la formule des partenariats un de ses attraits essentiels pour le secteur privé.

15. Par exemple en France, la volonté des pouvoirs publics d'inciter au recours aux contrats de partenariat vient encore récemment de se traduire par l'élaboration d'un projet de loi gouvernemental sur ces contrats, réformant une ordonnance du 17 juin 2004²⁷.

En particulier, ce projet répond aux objections du Conseil constitutionnel qui avait jugé en 2003 que la généralisation des contrats de partenariat était susceptible de porter atteinte aux exigences constitutionnelles d'égalité d'accès à la commande publique. Il vise également à un assouplissement du régime juridique des contrats concernés ainsi qu'à une extension de leur champ d'application.

Face à l'exemple français, l'on s'étonne dès lors que les instances européennes ne soient pas plus sensibles à la logique des contrats de partenariat où l'on n'oppose plus les critères du secteur public et du secteur privé, mais où ceux-ci se complètent autour d'un objectif de maîtrise des coûts et des délais et de service rendu aux citoyens.

Est-il opportun de supprimer pour les communes la possibilité de s'associer avec un ou plusieurs partenaires privés? La Commission européenne n'interdit d'ailleurs pas cette possibilité, comme en témoigne sa récente communication interprétative du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés.

26. Voy. à ce sujet: A. DELVAUX, F. MOISES et J.-F. JAMINET, «Partenariat public-privé et droit communautaire des marchés publics et des concessions ou la délicate «legal due diligence des P.P.P.»», *Entr. et Dr.*, 2004, p. 222; Y. VAN GERVEN, «Publiek-private samenwerking en mededingingsrecht», *R.W.*, 2001-2002, p. 505.

27. Pour plus de détails, voy. F. LICHÈRE, «Le projet de loi sur les contrats de partenariat: vers l'extension et la clarification du partenariat public-privé?», *Act. jur. D.A.*, 2008, p. 123.

PHILIPPE QUERTAINMONT

Les modalités d'application des règles de marchés publics à la création de tels partenariats ne sont en tous cas jusqu'à présent pas clairement définies par la Cour de justice.

La pauvreté de la jurisprudence interne

16. Nonobstant l'abondance du contentieux général de la passation et de l'exécution des marchés publics, tant devant le juge civil que devant le juge administratif belge, très peu de décisions juridictionnelles ont été rendues en rapport avec le thème traité au cours de cette matinée d'études²⁸. On est loin de la situation du droit communautaire, où à peu près tous les mois un nouvel arrêt est pris dans cette matière par la Cour de justice CE.

Tout au plus peut-on citer, à propos des sociétés d'économie mixte et de la formule en vogue des partenariats public-privé institutionnalisés, les avatars de la mise en place d'une nouvelle usine d'incinération de déchets à Herstal et l'échec de la formule d'économie mixte et de la création d'une S.E.M. qui avait été choisie. Par son arrêt n° 145.163²⁹, le Conseil d'Etat, saisi d'un recours contre le marché de conception-réalisation-exploitation confié de gré à gré par l'intercommunale *INTRADEL* à une société d'économie mixte qu'elle avait créée avec un partenaire industriel, a accueilli l'argument du candidat écarté du partenariat et fondé sur ce que «le montage prévu par *INTRADEL* constituait un marché public de travaux déguisé».

Cet arrêt du Conseil d'Etat, rendu dans une procédure de suspension d'extrême urgence³⁰, relève que la législation sur les marchés publics étant applicable, l'intercommunale concernée a illégalement choisi de procéder par voie négociée. Le même arrêt souligne qu'aux termes de la loi du 24 décembre 1993, un marché public de travaux a pour objet notamment «de faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, que

28. Pour la France, on citera par contre l'important arrêt du Conseil d'Etat *commune d'Aix-en-Provence* rendu le 6 avril 2007 (*Dalloz*, 2007, AJ., 1273). Cet arrêt s'inscrit dans la même logique que la jurisprudence européenne du *in house* et admet qu'un pluri-contrôle par plusieurs personnes publiques n'est pas intrinsèquement incompatible avec la condition de «contrôle analogue» (solution à rapprocher de l'arrêt *Asemfo* rendu le 19 avril 2007 par la Cour de justice). Compte tenu que la convergence d'intérêts est un élément déterminant dans l'appréciation de la condition du contrôle, le problème étant ici de savoir si les personnes publiques, nonobstant leur pluralité, poursuivent un même objectif représentant un intérêt public?

29. Du 30 mai 2005, *s.a. Constructions industrielles de la Méditerranée*, *Entr. et dr.*, 2006, p. 32 et obs. M.-A. FLAMME.

30. Pour les suites de l'affaire, c'est-à-dire le sort du marché passé par appel d'offres «sur performance» et attaqué devant le Conseil d'Etat, voy. les arrêts n° 154.549 du 6 février 2006 (suspension) et n° 155.931 du 7 mars 2006 (rejet).

AVANT-PROPOS

l'ouvrage envisagé est la nouvelle usine de valorisation énergétique des déchets, que le moyen réside dans la création d'une société d'économie mixte,... et que le fait de se prévaloir des rigidités et des contraintes de la réglementation des marchés publics n'autorise évidemment pas à en éluder l'application».

Le Conseil d'Etat a ainsi rejeté la thèse de l'intercommunale *INTRADEL* qui faisait valoir qu'une fois le choix d'un partenaire privé opéré dans des conditions conformes aux principes des traités européens, c'est-à-dire après une procédure de publicité et de mise en concurrence, l'attribution même du marché ne devrait plus faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence mais reviendrait nécessairement au partenaire privé.

17. Une autre affaire contentieuse qui a retenu l'attention est celle de la société *CODITEL BRABANT* qui avait demandé en janvier 2001 au Conseil d'Etat l'annulation de la décision prise par le conseil communal d'Uccle contenant renonciation à la mise en vente du réseau communal de télédistribution et à la concession de l'exploitation de ce réseau, ainsi que de la décision d'affilier la commune à l'intercommunale *BRUTELE*.

La société requérante, qui était la seule à avoir remis une offre conforme dans le cadre de l'appel d'offres lancé par la commune d'Uccle en vue de la vente de son réseau, reprochait à la commune d'avoir confié à *BRUTELE* la gestion de son réseau de télédistribution sans procéder à la comparaison des avantages de cette formule par rapport à celle économiquement semblable de la concession du réseau, et qu'en procédant de la sorte la commune avait violé les principes de non-discrimination et de mise en concurrence tels que consacrés par le droit national et le droit communautaire.

Selon l'arrêt n° 173.079 prononcé par le Conseil d'Etat le 3 juillet 2007, si la commune a pu, sans méconnaître ces règles, renoncer à vendre son réseau de télédistribution à la société requérante au motif que l'offre d'achat de celle-ci était très en retrait par rapport à une offre précédente et a dès lors pu décider de se tourner vers une autre formule économiquement plus avantageuse pour elle que la vente, *«elle ne pouvait, par contre, sans appel à la concurrence ni examen comparatif des offres en présence, retenir directement et immédiatement la formule de l'affiliation à la société BRUTELE alors que telle qu'elle a été conçue et réalisée, l'opération s'apparente à une concession de service et en constitue même une au sens du droit communautaire; que concrètement la commune aurait dû pour satisfaire aux exigences du droit communautaire, faire appel à la concurrence en vue d'examiner si la concession de son service de télédistribution à la société requérante ou à d'autres opérateurs économiques ne constituait pas une alternative plus avantageuse que celle finalement retenue».*

PHILIPPE QUERTAINMONT

L'arrêt poursuit en examinant si une telle concession de service se trouve dans les conditions prévues par la jurisprudence *TECKAL* de la Cour de justice pour que les règles du droit communautaire puissent être écartées.

Le Conseil d'Etat conclut, après une analyse minutieuse des statuts de *BRU-TELE*, qu'il «est enclin à considérer que le moyen de la requête est fondé, mais qu'il estime toutefois ne pas être suffisamment éclairé par la jurisprudence de la Cour de justice pour se prononcer définitivement sur l'existence d'une exception aux règles et principes susmentionnés du droit communautaire primaire dans le cas d'espèce, et qu'avant de statuer, dans un souci d'unité dans l'application du droit communautaire, il y a lieu de poser à la Cour de justice des Communautés européennes une question préjudicielle».

Cette question se présente comme suit:

«Une commune peut-elle, sans appel à la concurrence, s'affilier à une société coopérative groupant exclusivement d'autres communes et associations de communes (intercommunale dite pure) en vue de lui transférer la gestion de son réseau de télédistribution sachant que la société réalise l'essentiel de ses activités avec ses seuls affiliés et à leur décharge et que les décisions en rapport avec celles-ci sont prises par le conseil d'administration et les conseils de secteur dans les limites des délégations que celui-ci leur accorde, organes statutaires qui sont composés de représentants des autorités publiques et qui statuent à la majorité de ceux-ci? La maîtrise ainsi exercée, au travers des organes statutaires, par tous les coopérateurs, ou par une partie de ceux-ci dans le cas de secteurs ou sous-secteurs d'exploitation, sur les décisions de la société coopérative peut-elle être considérée comme leur permettant d'exercer sur celle-ci un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services? Cette maîtrise et ce contrôle, pour être qualifiés d'analogues, doivent-ils être exercés individuellement par chaque membre affilié ou suffit-il qu'ils le soient par la majorité des membres affiliés?».

On attend évidemment avec impatience la réponse de Luxembourg...

18. En dehors du contentieux administratif, trois avis récents de la section de législation du Conseil d'Etat méritent d'être cités, en raison des enseignements qu'ils apportent quant aux missions confiées par un pouvoir public à des organismes extérieurs. Deux de ces avis font très directement référence à la jurisprudence de la Cour de justice et aux conséquences de l'exception *in house*.

Le premier est l'avis n° 43.660/4 donné le 5 octobre 2007 sur un avant-projet de décret modifiant le décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne. Cet avant-projet visait à

AVANT-PROPOS

ajouter les missions de service public que constituent les tâches de sécurité et de sûreté aux tâches déjà confiées aux sociétés concessionnaires des aéroports de Charleroi et de Liège. En outre, il était prévu que pour chaque aéroport, une société anonyme de droit public serait créée, dont le capital serait détenu à 49 % par la société à laquelle l'exploitation de l'aéroport serait confiée et à 51 % par la Région wallonne, la société exploitante déléguant les missions de sûreté à cette société anonyme de droit public.

Dans son avis, la section de législation a relevé qu'il est paradoxal de prévoir tout à la fois le transfert des tâches de sûreté à la société concessionnaire de chacun des deux aéroports concernés, et de contraindre, dans le même temps, cette dernière à «déléguer» ces missions non pas, comme l'annonce l'exposé des motifs, à une société filiale, mais à une personne morale de droit public créée par la Région elle-même, et dans laquelle la société concessionnaire est obligée de prendre une participation minoritaire. L'obligation ainsi imposée aux sociétés concessionnaires des deux aéroports concernés, ôtent en effet, pour ce qui concerne les tâches de sûreté aérienne, toute consistance à la concession de services publics.

Faisant ensuite référence à l'exception du *in house*, la section de législation souligne que la création de personnes morales de droit public afin de prendre en charge les tâches de sûreté aérienne sur les aéroports concernés reste soumise au droit communautaire primaire, notamment les règles du Traité relatives à la libre prestation des services... «*sauf si elle peut être considérée comme relevant d'une forme de délégation intraorganique qui ne sort pas de la sphère du pouvoir adjudicateur*».

19. Dans un autre avis émis le 2 juin 2004 sur un projet d'arrêté du Gouvernement wallon relatif à l'octroi de subventions pour l'exécution d'opérations de rénovation urbaine, la section de législation a examiné la portée de l'article 1^{er} du projet qui prévoyait que «*la commune peut faire appel à une intercommunale pour la réalisation d'une opération de rénovation urbaine, pour autant que la commune approuve une convention fixant les droits et obligations de chacune des parties dans le cadre de cette opération*».

Selon le Conseil d'Etat, qui cite l'enseignement de l'arrêt *TECKAL* de la Cour de justice, «*si cette convention, qualifiée de concession, a pour objet de fournir à la commune, à titre onéreux, une assistance de la part de l'intercommunale dans la réalisation des opérations nécessaires à la rénovation urbaine, au même titre que pourrait le faire un autre opérateur économique, pareille convention répondrait, dans le chef de la commune bénéficiaire de ces prestations, à la qualification d'un marché public de services au sens de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics*».

20. On citera enfin et surtout l'avis n° 42.982/4 du 25 juin 2007 donné sur un avant-projet d'ordonnance «portant organisation des transports publics desservant des lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale». Cet avis contient de

PHILIPPE QUERTAINMONT

longs et précieux développements sur la compatibilité du projet avec le droit communautaire et la détermination des règles applicables.

L'objectif poursuivi était d'octroyer l'exclusivité de l'exploitation de la desserte des lieux touristiques de Bruxelles, par principe à des sous-traitants et subsidiairement à la STIB.

Dans l'exposé des motifs de son projet, le Gouvernement faisait valoir que l'octroi à la STIB de l'exploitation du service concerné constituait l'attribution d'un service public et estimait qu'il ne pouvait être question de contrat de concession de services que s'il existait une convention. Or, dès le moment où la Région confie à la STIB l'exploitation du service par la voie unilatérale de l'ordonnance, les règles relatives aux marchés publics ne s'appliquent plus, puisque l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, donne mission à un organe qui est distinct d'elle-même, sur lequel elle exerce le même contrôle que sur ses propres services et qui exerce ses activités principalement au profit de l'autorité publique qui le contrôle.

Cette argumentation n'a que partiellement convaincu la section de législation du Conseil d'Etat qui, après avoir constaté que la STIB est une entreprise publique qui offre un service de transport en commun, estime que l'octroi d'une nouvelle activité économique telle que la desserte de lieux importants, ainsi que l'octroi d'activités exclusives ou spéciales à des entreprises privées en qualité de sous-traitants, doit normalement intervenir à l'issue d'une procédure objective et transparente.

Par ailleurs, la section de législation examine dans son avis les critères d'application de l'exception relative aux prestations «internes», l'intérêt étant en l'espèce que la Cour de justice a jusqu'à présent envisagé cette exception lorsque les rapports entre deux entités étaient de nature *contractuelle*, alors que la Région entend ici l'appliquer dans un contexte d'attribution unilatérale à la STIB d'une nouvelle activité *par voie d'ordonnance*.

Après avoir relevé que les auteurs de l'avant-projet d'ordonnance se bornaient à affirmer, dans l'exposé des motifs, que «selon le cadre législatif actuel, la STIB satisfait aux conditions d'application de l'exception in house», la section de législation estime que «cette affirmation est insuffisante au regard de la jurisprudence communautaire... et qu'invité en conséquence à étayer cette affirmation, le délégué du ministre a notamment précisé que les pouvoirs publics contrôlent totalement la STIB ainsi que cela ressortirait de l'ordonnance du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale et des statuts de la STIB».

Selon la section de législation, la condition selon laquelle l'entité désignée doit réaliser l'essentiel de son activité (ici un service de transport local dans la Région) avec la ou les autorités publiques qui la détiennent est satisfaite. Par contre, la condition du «contrôle analogue» n'est pas satisfaite puisque la participation, fût-elle

AVANT-PROPOS

minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également l'autorité publique concédante exclut en tout état de cause que cette autorité publique puisse exercer sur une telle société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. Or, il ressort des statuts de la STIB qu'une s.a. *Bruxelles Infrastructure Finance* participe à son capital, tandis que les statuts de la STIB autorisent son conseil d'administration à admettre de nouveaux associés et à ouvrir le capital à des actionnaires privés.

Enfin, ajoute le Conseil d'Etat, une objection majeure s'oppose au recours à la notion d'opération «interne»: elle tient à ce que l'avant-projet d'ordonnance impose en principe à la STIB de sous-traiter la desserte en question, de sorte que l'exploitation de celle-ci doit revenir à cette sous-traitance. Il en découle que l'avant-projet doit s'analyser comme une construction complexe, comprenant plusieurs phases: premièrement, l'attribution à la STIB, par ordonnance, d'une mission complémentaire d'organisation de la desserte des lieux touristiques; deuxièmement, l'obligation pour celle-ci de confier la gestion de ce service au secteur privé.

Dans un tel contexte, conclut le Conseil d'Etat, la construction juridique conçue par le Gouvernement ne saurait être qualifiée d'opération «interne».

21. Quant à la Cour constitutionnelle, elle avait été saisie par la s.a. *ELECTRABEL* et l'intercommunale *INTEREST* d'un recours en annulation du décret de la Région wallonne du 19 décembre 2002 relatif à l'organisation du marché régional du gaz, les requérantes soutenant que certaines dispositions du décret étaient contraires aux règles relatives à la concurrence en permettant à une commune de procéder à l'expropriation du réseau de distribution situé sur son territoire et par là de favoriser le candidat gestionnaire de réseau de son choix.

Cet argument n'a pas convaincu la Cour, dont l'arrêt souligne que *«le gestionnaire de réseau désigné, pour être à même de remplir sa mission, devra être soit propriétaire du réseau, soit titulaire d'un droit d'usage de celui-ci. Toute désignation d'un nouveau gestionnaire, différent de celui qui exerçait jusqu'alors la mission, doit donc nécessairement s'accompagner d'un transfert de la propriété ou, à tout le moins, du droit d'usage du réseau. A défaut de ce transfert, la désignation ne peut se faire dans un cadre concurrentiel ouvert, puisque l'ancien gestionnaire serait seul en mesure d'être candidat gestionnaire de réseau»*³¹.

Il en résulte, conclut la Cour constitutionnelle, qu'en permettant aux communes d'exproprier les parts de réseau qui devront être mises à disposition du gestionnaire de réseau qu'elles proposeront à la désignation du Gouvernement, le législateur a, non pas violé les règles relatives à la concurrence, mais au contraire créé les conditions de leur application correcte dans la procédure de désignation des gestionnaires.

31. Arrêt n° 147/2004 du 15 septembre 2004.

PHILIPPE QUERTAINMONT

L'arrêt souligne toutefois la nécessité pour les communes de respecter, lors du choix du candidat gestionnaire du réseau, les règles relatives à la non-discrimination et à la concurrence, sous le contrôle du Conseil d'Etat.

Le rôle et l'évolution des services publics locaux

22. La volonté des organisateurs de la matinée d'études était également de se tourner vers l'avenir. Dans ce but, ils avaient souhaité que certaines interventions soient l'occasion de réfléchir à l'évolution des services publics locaux, à leur place au sein d'un marché de plus en plus libéralisé, ainsi qu'à la marge de manoeuvre dont disposent encore les pouvoirs publics locaux pour organiser leur activité³².

Parmi *les menaces* que l'évolution du droit communautaire font peser sur les modes de gestion des services publics locaux, on a épinglé surtout:

- la limitation des objets et de l'activité d'organes publics décentralisés;
- l'impossibilité pour les petites communes qui ne disposent pas de service adéquat pour élaborer une procédure de marché public, de confier directement et par le biais d'une convention une étude à une intercommunale;
- les contraintes européennes inspirées par l'interprétation des directives «marchés publics» dans une série d'arrêts de la Cour de justice, et ce en dehors de tout débat politique de fond;
- l'évolution externe du service public local vers des relations de type «client-fournisseur»;
- les difficultés, sinon l'impossibilité pratique, de cerner le contenu exact du critère du «contrôle analogue», retenu par la Cour de justice;
- l'absence de prise en compte des objectifs d'intérêt général et des missions de service public assumés par les entreprises publiques;
- la remise en cause de la participation du secteur privé dans les intercommunales mixtes;
- le fait que le droit dérivé des marchés publics deviendrait l'outil d'une privatisation larvée d'une série d'activités d'intérêt général;
- et plus fondamentalement, les atteintes portées à l'autonomie communale et au libre choix des structures nécessaires à la prise en charge des besoins d'intérêt général.

23. Se trouve en tout cas remise en cause la liberté d'organisation et de choix longtemps regardée comme une prérogative de puissance publique, par les pouvoirs publics locaux des structures institutionnelles nécessaires à la prise en charge des besoins d'intérêt général. Il en va spécialement ainsi lorsqu'une commune estime

32. Sur ce dernier point, voy. les pertinentes réflexions de A.-L. DURVIAUX et N. THIRION, «Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire», *ét. cit.*

AVANT-PROPOS

qu'elle ne dispose pas des moyens adéquats pour organiser et gérer en interne un service public.

A notre avis, tout ce qui concerne les aspects «organisationnels» de la coopération entre pouvoirs publics locaux, c'est-à-dire ce qui relève de la liberté interne de fonctionnement des collectivités locales, devrait se situer en marge de la commande publique.

C'est également le point de vue que le Gouvernement belge a défendu dans sa réponse de février 2004 à la demande de clarification de la Commission européenne. Le gouvernement a plaidé que l'attribution directe, sans le recours à aucune forme de publicité et de mise en concurrence préalables, d'un marché public ou d'une concession peut, au regard du droit communautaire, entrer dans l'une des hypothèses dérogatoires prévues aux articles 45 et 46 du traité CE. Sont visées plus précisément «*les activités participant à la puissance publique*».

Or, paradoxalement, le droit communautaire refuse aux pouvoirs publics la liberté d'organisation dont disposent les opérateurs économiques privés, puisque ceux-ci peuvent en toute autonomie adapter leurs méthodes et leur organisation aux nécessités du marché.

Il est vrai que, à tort ou à raison, l'opacité des relations entre les communes et leurs intercommunales a parfois été dénoncée, les communes jouant souvent un rôle multiple, étant à la fois associées et actionnaires, clientes et contrôleuses du service presté par l'intercommunale.

Une difficulté supplémentaire tient à ce que dans le cas des intercommunales mixtes, la ligne de partage entre secteur public et secteur privé, économie marchande et économie non marchande, logique d'entreprise et service public, peut se révéler malaisée à tracer.

24. Face à l'obligation faite à la Belgique, comme à d'autres pays européens, de modifier sa législation (régionale) en vue de satisfaire à la jurisprudence de la Cour de justice, l'on n'a pas manqué de souligner que le libre choix des modes de gestion de l'intérêt communal, y compris le droit de créer des personnes morales de droit public et d'appliquer la théorie dite de la «substitution», fait partie de l'autonomie communale, reconnue par notre Constitution en son article 41³³.

33. Sur l'atteinte que l'obligation de mise en concurrence imposée par le droit communautaire apporte aux principes constitutionnels sur l'autonomie communale, voy. D. YERNAULT, «La contractualisation (forcée?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public», *ét. cit.*, spéc. p. 137 et s. Voy. également, à propos de l'autonomie communale, D. DÉOM et B. LOMBAERT, «L'autonomie et le financement des provinces et des communes», *A.P.T.*, 2002, p. 176. Ces auteurs suggèrent que la Cour d'arbitrage pourrait interpréter la disposition de l'article 6, § 1^{er}, VIII, 1^o, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980 («les conseils communaux... règlent tout ce qui est d'intérêt communal») comme érigeant le principe de l'autonomie locale en règle répartitrice de compétences.

PHILIPPE QUERTAINMONT

On peut aussi citer la Charte européenne de l'autonomie locale du 15 octobre 1985, laquelle a pour objet d'assurer l'existence et le respect de l'autonomie des collectivités locales. Outre le droit d'«auto-organisation» reconnu par cette Charte³⁴, on pourrait évoquer le principe communautaire de subsidiarité³⁵ ou de la liberté d'organisation des services d'intérêt économique général³⁶.

25. Sans doute certains et la Commission européenne au premier chef ressentent-ils aujourd'hui la nécessité de faire évoluer les services publics économiques locaux vers une démarche de type entrepreneuriale, sans pour autant négliger leur fonction traditionnelle de services rendus à la collectivité³⁷. En particulier, l'on ne peut plus aujourd'hui assimiler une gestion administrative efficace à une exécution juridiquement correcte des procédures et au respect de la légalité. La prise en compte de considérations de bonne gestion comme l'acquisition des moyens au moindre coût ou les liens de l'activité administrative avec les objectifs poursuivis doit progressivement entrer dans les habitudes.

Le risque qui a été souvent évoqué est néanmoins d'assister, au nom d'une certaine managérialisation des entreprises publiques, au recours à des structures juridiques de droit privé (sociétés commerciales, associations, sociétés anonymes de droit public,...) se substituant pour l'organisation des services publics aux formes traditionnelles du droit administratif (établissements publics, régies personnalisées,...). Jusqu'à la solution radicale (finale?) de transférer au libre jeu du marché des pans entiers d'activités publiques ou d'en céder le contrôle à l'initiative privée.

A la limite, souligne D. YERNAULT³⁸, s'il fallait suivre l'évolution de la jurisprudence communautaire, rien n'empêcherait que les prochaines institutions visées soient les organismes d'intérêt public, les entreprises publiques autonomes sous contrat de gestion ou toute autre entreprise à participation publique relevant de l'Etat fédéral ou des Régions. Rien n'empêcherait non plus que l'ensemble des législations des 25 Etats membres de l'Union européenne soit passé au crible pour en définitive, par la voie des marchés publics, pousser à la privatisation de services

34. Spécialement son article 6 qui prévoit le droit pour les collectivités locales de «définir elles-mêmes les structures administratives internes dont elles entendent se doter, en vue de les adapter à leurs besoins spécifiques et afin de permettre une gestion efficace».

35. Sinon pour souligner que la remise en cause par le droit communautaire du mode de gestion des services publics locaux touche à un domaine qui était jusqu'ici regardé comme la chasse gardée des Etats.

36. E. VAN DEN ABEELE, «Les services d'intérêt général. Etat du débat européen», *C.H. CRISP*, 2005, n° 1901-1902.

37. Voy. à ce sujet: C. LE BERRE, «La logique économique dans la définition du service public», *R.F.D.A.*, 2008, p. 50.

38. «La contractualisation (forcée?) du droit administratif de l'économie et l'organisation des modes de gestion du service public», *ét. cit.*, p. 107.

AVANT-PROPOS

qui de surcroît ne se trouvent pas toujours sous l'empire de directives ou règlements de libéralisation³⁹.

26. Finalement, ce qui se joue aujourd'hui autour de la problématique de l'organisation des modes de gestion du service public local, c'est bien une redéfinition en profondeur de notre culture administrative.

Pierre NIHOUL en fait judicieusement le constat: les missions qui restent aujourd'hui assumées «en interne» par les pouvoirs publics locaux sont le plus souvent des activités purement administratives ou sociales, alors que les prestations «externalisées» concernent des activités économiques, avec la conséquence que le procédé de gestion auquel recourent les pouvoirs locaux constituent des entreprises tombant dans le champ de la concurrence.

La place nous fait défaut pour examiner plus en profondeur si l'attribution d'une responsabilité à une nouvelle personne publique décentralisée est dans chaque cas justifiée par des exigences d'efficacité et d'économie.

Dans certaines situations, la rationalité spécifique de l'externalisation de certaines tâches ou de la création d'un nouvel organisme décentralisé de l'administration locale n'est pas évidente. En sorte qu'il faut se demander si en déléguant ou en redistribuant les responsabilités au profit d'acteurs détachés de l'administration locale, l'on ne risque pas de menacer l'unité de direction de l'action publique locale?

Le risque d'un éparpillement des responsabilités est ainsi réel et il pourrait conduire à la limite à délester l'administration locale, qui n'exercerait plus que des tâches de conception et de coordination, au profit d'entités autonomes auxquelles seraient confiées les responsabilités de gestion⁴⁰.

27. Plus généralement, il est important de rappeler que les Traités européens ne font preuve d'aucune hostilité vis-à-vis du service public: ils font pire, ils l'ignorent! l'expression *service public* n'est d'ailleurs utilisée qu'une seule fois par le Traité de Rome, à l'article 73, à propos des aides dans le domaine des transports.

Pourtant le concept du service public demeure, dans le droit administratif contemporain, une référence obligée, surtout dans un pays de droit romaniste comme la Belgique qui a profondément subi l'influence du droit administratif français.

39. Dans le même sens, voy. E. VAN DEN ABEELE, «Services d'intérêt économique général: vers une radicalisation des règles communautaires en matière de marchés publics et d'aides d'Etat», *Cahiers des sc. administratives*, n° 5/2005, p. 12.

40. Voy. à ce sujet notre étude: «Tendances actuelles du droit de la décentralisation par services», *Mélanges Francis Delpérée*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1267.

PHILIPPE QUERTAINMONT

Rappelons que le service public apparaît lorsqu'à un certain stade des rapports sociaux, il devient nécessaire de faire passer une activité de la sphère privée, où elle est régie par le profit, à celle du service public où elle se trouve insérée dans un processus contradictoire. Le service public se caractérise ainsi à la fois par son but (la satisfaction d'un besoin général) et par ses moyens (mise en oeuvre par l'administration étatique ou par une collectivité publique d'un ensemble organique d'hommes et de biens); son mode d'action est constitué par des prestations fournies aux citoyens qui en sont les usagers.

Or, comme l'a souligné pertinemment D. DÉOM⁴¹, l'évolution du droit européen, profondément empreinte d'idéologie, fait courir le risque de voir le service public abordé exclusivement comme un correctif⁴² à l'application d'une logique de marché qui est érigée en norme pour toute activité «prestée normalement contre rémunération».

A cet égard, le raisonnement tenu par la Cour de justice et la Commission européenne quant au mode de gestion des services publics locaux, et leur vision très restrictive de l'exception *in house*, conduirait s'il devait être suivi totalement à mettre à mal l'ensemble des services publics locaux, les contraintes européennes ayant pour effet d'entraîner une forme de privatisation larvée de l'économie publique locale.

Nous ne partageons pas l'optimisme de D. TRIANTAFYLLOU⁴³ qui voit plutôt dans l'évolution de la législation et de la jurisprudence communautaires un renforcement de la protection du service public. Cet auteur considère notamment que «*les obligations de service public étaient à l'origine prévues comme des dérogations possibles au droit communautaire, qui avait initialement une vocation essentiellement libéralisante, tandis que, dorénavant, ses textes se sont raffermis et contiennent eux-mêmes toutes les garanties nécessaires pour le service public et ses usagers*».

28. Sans doute, lorsque l'organisme auquel les pouvoirs locaux font appel est un «opérateur économique» au sens du droit communautaire, il est alors interdit d'obtenir une prestation de cet opérateur sans mise en concurrence dans le cadre d'un marché public ou d'une concession. Mais ceci ne répond pas à la question de savoir quelles sont les activités *dépourvues par nature de caractère économique*,

41. «Quel avenir pour le service public local à l'heure européenne?», *Mouv. comm.*, 2004, p. 462.

42. Le constat a d'ailleurs été fait qu'en prévoyant que les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général peuvent à certaines conditions être exonérées des règles de concurrence, l'article 86 du Traité donne une vision négative du service public, perçu comme un obstacle à la libre concurrence. Pour plus de détails, voy. Ph. QUERTAINMONT, *Droit public économique*, 4^e éd., Waterloo, Kluwer, 2007, n^o 105 et s.

43. «De la libéralisation à la régulation des marchés», *Rev. dr. Union eur.*, 3/2007, p. 658. Voy. également: M. KARPENSCHIF, «Vers une définition communautaire du service public?», *R.F.D.A.*, 2008, p. 58.

AVANT-PROPOS

soit parce qu'elles sont purement administratives, soit parce qu'elles ne relèvent pas de l'«économie marchande», qui échappent au jeu concurrentiel du marché économique?

Au regard de la liberté d'organisation des pouvoirs locaux, un enjeu important devrait être d'identifier précisément les domaines d'activités pour lesquels ces pouvoirs peuvent se procurer ce dont ils ont besoin auprès d'opérateurs externes ou confier à ceux-ci des missions, sans avoir à passer un marché ou une concession⁴⁴?

A l'instar du point de vue défendu par D. YERNAULT et B. CADRANEL⁴⁵, il nous semble que la nature particulière de certains besoins pris en charge (tels que les secteurs de la distribution d'énergie ou d'eau) par des entités liées aux pouvoirs locaux et le souci de préserver le caractère public de ces secteurs justifie amplement qu'il soit dérogé à la mise en concurrence.

En effet, et contrairement au point de vue souvent défendu par la Commission européenne et qui revient à assimiler les relations entre personnes publiques à de pures prestations économiques, il ne s'agit pas là d'activités qui peuvent être soumises à une gestion purement commerciale et aux seules lois du marché. Il s'agit bien d'activités qui participent à la puissance publique, outre qu'elles se justifient par des motifs tirés de l'ordre public, de la sécurité publique, ou de la santé publique.

Il est vrai que dans son arrêt *CONAME* du 21 juillet 2005, se rapportant à l'attribution par une municipalité italienne du service d'entretien et de gestion du réseau de gaz à une société à capitaux majoritairement publics, la Cour de justice a balayé l'argument du Gouvernement italien, qui plaidait que la plupart des communes n'ont pas les moyens d'assurer en «interne» des services publics, tels que celui concerné, et se voyaient obligées de recourir à d'autres structures dans le capital desquelles plusieurs communes ont des participations.

Dans le même sens, la jurisprudence communautaire semble considérer que le caractère d'intérêt général de l'activité (comme par exemple, dans les affaires *BFI HOLDING* et *COMMISSION c. RÉPUBLIQUE ITALIENNE*⁴⁶, le ramassage d'ordures ménagères ou le traitement des déchets) n'est pas de nature à remettre en cause la qualification de marché public de service.

44. Dans le même sens, voy. E. FATÔME et A. MÈNÈMÈNIS, «Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques; éléments d'analyse», *Act. jur. D.A.*, 2006, p. 67. Ces auteurs soulignent que l'on ne saurait étendre à l'infini, sans méconnaître la jurisprudence de Luxembourg, la notion d'«opérateur économique» mais relèvent que des textes de droit interne permettent aux collectivités locales de faire librement appel à des organismes, qu'ils ont créés ou contribué à créer, pour obtenir des prestations dans des domaines comme l'action sociale, la formation, la culture, la sécurité,...

45. Voir leur contribution dans le présent ouvrage, p....

46. Arrêts du 10 novembre 1998 et du 18 juillet 2007.

PHILIPPE QUERTAINMONT

29. Une question connexe nous paraît importante; nous la formulerons de la manière suivante: quand est-ce qu'une mission de service public emporte intervention sur un marché et entraîne l'application des règles de la concurrence?

On rappellera à cet égard qu'un pouvoir public peut réserver, sans passer par une mise en concurrence, la gestion d'une activité non économique, dans la mesure où celle-ci n'est pas régie par les règles du marché intérieur et le droit de la concurrence⁴⁷.

Question sous-jacente: peut-on «externaliser» par contrat toutes les tâches de service public? Toutes les activités publiques sont-elles «délégables» et est-il admissible que par le recours à la technique du contrat, l'Etat ou d'autres pouvoirs publics se dessaisissent de leur liberté d'initiative dans tous les domaines?

On admettra que la réponse est aisée lorsqu'il s'agit, par exemple, du nettoyage de vitres, du gardiennage d'immeubles, de l'élimination des déchets d'abattoirs, de la réalisation d'études statistiques, de la confection de campagnes de promotion en faveur de la sécurité routière, etc.

Plus délicat est la participation du secteur privé à des activités qui touchent à des fonctions régaliennes et aux attributs de la puissance publique. Tel est le cas notamment de la construction et la gestion de prisons aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, de la réalisation de crèches publiques ou de la surveillance de l'espace public en France.

La banalisation de tels dessaisissements de la puissance publique ne va-t-elle pas mener à terme à une privatisation rampante de l'action publique?

Les stratégies d'organisation des services publics locaux échauffées par les Régions pour répondre aux exigences européennes

30. En vue de la matinée d'études du 25 janvier 2008, il avait été fait appel à des experts pour exposer la manière dont chacune des trois Régions a tenté de répondre aux mises en demeure de la Commission européenne et envisagé la réorganisation de la gestion des services publics locaux en fonction des orientations imposées par la Commission.

47. Sur la nature économique des services publics concernés par le processus de libéralisation et sur le caractère complexe de leur détermination, voy. Y. HOUYET, «La libéralisation des services publics: analyse du traité CE et de la jurisprudence communautaire relative au droit primaire», *C.D.P.K.*, 2006, p. 864.

AVANT-PROPOS

A cet égard, il est ressorti de ces exposés que l'interprétation qu'ont donnée les Régions de la jurisprudence européenne et les réponses qu'elles y ont apportées se complétaient heureusement et ouvraient des perspectives intéressantes en ce qui concerne les chantiers en cours et le choix même d'un modèle d'organisation par les services publics locaux.

Les modes de coopération communale divergent sans doute d'une région à l'autre mais se complètent néanmoins.

L'unanimité est en tout cas réalisée quant au fait que la contrainte européenne du «contrôle analogue» en vue d'échapper à l'application de la législation sur les marchés publics et à la mise en concurrence, serait rencontrée dans le chef des intercommunales pures.

31. La Région flamande a fait preuve d'imagination dans les stratégies consacrées par son décret du 6 juillet 2001 *houdende de intergemeentelijke samenwerking*. Ce décret est toutefois antérieur à la première mise en demeure des services de la Commission européenne, datée du 16 octobre 2002).

Les communes flamandes peuvent notamment faire leur choix dans un menu de structures de coopération.

Quant à la Région wallonne, on sait que, par un décret du 19 juillet 2006, elle a modifié le livre V ("Les intercommunales") de la première partie ("Les communes") du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation. Ce décret définit le cadre général de la coopération entre communes; il institue notamment une nouvelle forme de coopération des communes l'association de projet et remanie le régime des intercommunales⁴⁸.

Certains articles du décret se rapportent au contrôle des communes associées; l'établissement d'un plan stratégique à six ans par les organes constitués après les élections permet aussi de renforcer le contrôle et les synergies entre communes et intercommunales.

Certaines dispositions du décret wallon relatives aux conventions entre communes ou aux associations de projets s'inspirent directement des articles 6 à 9 du décret de la Région flamande du 6 juillet 2001.

On relève également que l'une des dispositions du décret wallon, l'article L1523-5, permet à une commune qui a confié un même objet d'intérêt communal à plu-

48. Pour un commentaire de cette réforme, voy. B. GORS, «De nouvelles formes de coopération communale en Région wallonne», A.P.T., 2006, p. 144; J. VANHAEVERBEEK, «Le renforcement du rôle des mandataires publics dans les intercommunales wallonnes», *Droit comm.*, 2007/2-3, p. 54.

PHILIPPE QUERTAINMONT

sieurs intercommunales, régies ou organismes d'intérêt public de ne plus le confier qu'à une seule de ces institutions et, partant, de se retirer des autres.

A l'origine, le projet devenu le décret du 19 juillet 2006 était plus sévère puisqu'il imposait un tel retrait aux communes, dans l'hypothèse précitée. Il a par la suite été tenu compte des objections de la section de législation du Conseil d'Etat⁴⁹ qui avait indiqué que *«la question se pose cependant de savoir si l'article 162, alinéa 4, de la Constitution et le principe de l'autonomie communale permettent au législateur d'imposer, dans ces matières d'intérêt communal, un «retrait obligatoire»*. Si cette disposition permet à la loi spéciale d'habiliter le législateur décretaal à régler *«les conditions et le mode suivant lesquels plusieurs provinces ou plusieurs communes peuvent s'entendre ou s'associer»*, la section de législation est d'avis que la compétence d'énoncer les conditions d'association ne comprend pas celle d'imposer un retrait.

32. Cependant, le décret wallon du 19 juillet 2006 diverge radicalement du décret flamand du 6 juillet 2001 en ce qui concerne la possibilité pour des entreprises privées de participer au capital d'intercommunales mixtes.

L'exposé des motifs du projet de décret wallon précise en effet que tant l'intercommunale que l'association de projet peuvent comprendre des partenaires privés, *«pour autant que les règles de mise en concurrence, dans le respect des dispositions constitutionnelles, conformément au droit communautaire général et au droit des marchés publics, aient été respectées»*.

Par ailleurs, le commentaire des articles concernés du projet précise qu' *«ainsi, la législation fédérale relative aux marchés publics s'applique lorsqu'un contrat écrit, à titre onéreux, a pour objet des prestations économiques visées par les nomenclatures pertinentes. En dehors de cette hypothèse, une procédure de mise en concurrence adaptée doit être organisée conformément aux principes généraux belges (principe d'égalité de traitement et de bonne administration), du Traité CE et à la jurisprudence communautaire en vue de choisir les partenaires associés d'une intercommunale»*⁵⁰.

Par contre, en Flandre, le législateur a opté pour des associations «pures» dotées de la personnalité juridique, auxquelles seuls les pouvoirs publics peuvent participer. Il n'est dès lors plus possible, contrairement à ce qui l'était dans le passé,

49. Avis n° 40.409/4 donné le 31 mai 2006.

50. J. VANHAEVERBEEK fait observer à ce propos que si une nécessaire mise en concurrence se justifie dès le stade de la création d'une association de projet, en raison de son caractère contractuel prédominant, elle paraît plus difficilement conciliable avec la nature des intercommunales dont la création ne résulte pas d'une convention passée entre plusieurs communes mais de l'addition de décisions unilatérales prises par chacune des communes intéressées (*«Le renforcement du rôle des mandataires publics dans les intercommunales wallonnes»*, *ét. citée*, p. 63).

AVANT-PROPOS

d'admettre la participation de personnes privées dans des associations prestataires de services ou dans des associations chargées de missions. Toutefois à l'égard des intercommunales «mixtes», une période transitoire (jusqu'en 2018) est prévue pour les intercommunales auxquelles des personnes physiques ou morales participent, si ces personnes ne sont pas chargées d'une mission d'exploitation ou de gestion.

33. L'initiative du législateur wallon a été considérée comme novatrice par la doctrine⁵¹, en ce qu'il a conduit à offrir des alternatives à la création d'une intercommunale et des possibilités de coopération répondant aux besoins spécifiques des communes et levant toute ambiguïté quant à l'application des règles communautaires relatives à la mise en concurrence.

Certains analystes ont toutefois regretté qu'à côté des intercommunales, les autres entités liées aux pouvoirs locaux des a.s.b.l., des sociétés commerciales, des régies provinciales ou communales autonomes, les ports autonomes, les sociétés de transport intercommunales,... n'aient pas vu leurs cadre juridique pareillement modernisé⁵².

34. On comprend par ailleurs la difficulté pour les Régions de définir dans un décret ou une ordonnance les conditions auxquelles les intercommunales ou d'autres structures de coopération communale peuvent répondre aux contraintes européennes et bénéficier le cas échéant de l'exception *in house*, alors que la législation sur les marchés publics est une matière de compétence fédérale. C'est dès lors au législateur fédéral qu'il appartient de définir le champ d'application de cette législation dans le respect des directives européennes.

C'est pourquoi, c'est par la voie de circulaires qu'il a été précisé, à l'intention des pouvoirs locaux, la manière de se conformer à la jurisprudence européenne et ainsi que les conditions pour que la réglementation sur les marchés publics ne trouve pas à s'appliquer.

Même si la pratique des circulaires est toujours contestable, en raison des confusions quant à leur portée «interprétative» ou «réglementaire», on??? que c'est la Commission européenne elle-même qui a émis en avril 2006 le souhait de voir les Régions «*créer un guide administratif sous forme de circulaires par exemple qui puisse éclairer la pratique des marchés publics à la lumière de la jurisprudence*

51. B. GORS, «De nouvelles formes de coopération communale en Région wallonne», *ét. cit.* p. 163; M. et N. UYTENDAELE et J.SAUTOIS, *Regards sur la démocratie locale en Wallonie. Les nouvelles règles applicables aux communes, aux CPAS et aux provinces*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

52. D. DÉOM, «Les autres entités liées aux pouvoirs locaux», *Droit comm.*, 2007/2-3, p. 64. l'auteur plaide en faveur de l'instauration d'un encadrement plus rationnel et plus homogène des relations entre les collectivités politiques locales et toutes les entités -non plus seulement les intercommunales- qui leur sont liées.

PHILIPPE QUERTAINMONT

récente de la Cour de justice», et ce sous peine de voir la Commission enclencher une procédure d'avis motivé.

Pour la Région de Bruxelles-Capitale, est ainsi intervenue la circulaire du 11 juillet 2006 «*relative à l'exercice de la tutelle régionale dans le cadre des relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs (voir titre au Moniteur du 13 oct, p. 54834) portant sur les relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs*»⁵³.

Pour la Région wallonne, il s'agit de la circulaire du 13 juillet 2006 «*aux communes, provinces, régies communales et provinciales autonomes et intercommunales, C.P.A.S. et associations??? chapitre XII de la Région wallonne, portant sur les relations contractuelles entre deux pouvoirs adjudicateurs*»⁵⁴.

Enfin, à la date du 14 septembre 2007 et à la suite des derniers développements de la jurisprudence de la Cour de justice, les autorités flamandes ont édicté une circulaire intitulée «*circulaire LNE/2007/1 relative à l'application de la législation sur les marchés publics Adjudications "In house" Implications du principe d'égalité lors de l'adjudication de marchés publics*».

Le critère du contrôle «analogue»

35. Les exposés présentés au cours de la matinée d'études du 25 janvier 2008 n'ont pas manqué de mettre en évidence les incertitudes et zones d'ombre qui entourent la jurisprudence européenne dite du *in house* et le critère du «contrôle analogue».

La synthèse remarquable faite dans sa contribution par Pierre NIHOUL de la théorie des opérations *in house* ou intégrées, montre que cette théorie pose en réalité plus de questions qu'elle n'en résout.

En particulier, le concept de «contrôle analogue» exigé par la jurisprudence de Luxembourg et qui a été au centre de toute la problématique, nous paraît devoir appeler quelques réflexions.

Il est notamment intéressant de relever que dans l'espèce *TECKAL* qui concernait la commune de VIANO, la langue de la procédure était l'italien et que dans les conclusions de l'avocat général, M. COSMAS, le terme utilisé était *analogo*. Curieusement, en italien, ce terme peut avoir le même sens que le mot français

53. *Moniteur belge* du 13 octobre, p. 54834.

54. *Moniteur belge* du 27 juillet, p. 36756.

AVANT-PROPOS

«analogue»⁵⁵ mais peut aussi signifier «adéquat»: par exemple *giudizio analogo* signifie «jugement adéquat»⁵⁶.

Selon les arrêts de la Cour de justice relatifs à la théorie de l'*in house*, il faut en tous cas un contrôle effectif de la collectivité publique qui confie une prestation économique sur l'entité publique qui va effectuer cette prestation.

36. Plus précisément, les services *in house* auxquels sont confiées les prestations doivent se trouver «dans une position de dépendance, quoiqu'organiquement distincts», selon les conclusions de l'avocat général précédant l'arrêt *ARGE* du 7 décembre 2000. Il faut un contrôle effectif, c'est-à-dire un «contrôle analogue» au pouvoir hiérarchique traduisant une véritable domination sur l'entreprise publique.

Dans l'arrêt *CARBOTERMO* du 11 mai 2007, la Cour a encore précisé que «pour apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, il convient de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société».

Mais on ignore si ces différents termes traduisent une interprétation large ou étroite de la notion de *in house*⁵⁷? On devine en tout cas la perplexité d'un juge national appelé à se prononcer sur un cas d'espèce et à apprécier *in concreto* si telle ou telle régie ou intercommunale peut être qualifiée d'entité *in house* par rapport à leurs communes fondatrices?

L'on a relevé également que dans un arrêt plus récent, l'arrêt *ASEMFO* du 19 avril 2007, la Cour de justice s'est montrée moins restrictive qu'elle ne l'était aupa-

55. En français, le terme, apparu en 1503 (du grec *analogos*, de *ana-* et *logos*), se définit comme ce qui est «comparable, parent, ressemblant, semblable, voisin».

Victor HUGO ne nous est pas d'un grand secours lorsqu'il écrit que «le gouffre est *analogue* à la nuit» (*Les Travailleurs de la mer*). CHATEAUBRIAND écrit très finement: «Deux esprits d'une nature *analogue* peuvent très bien avoir des conceptions pareilles, sans qu'on puisse leur reprocher d'avoir marché servilement dans les mêmes voies» (*Mémoires d'outre-tombe*).

56. Dizionario Robert & Signorelli.

57. Voy. à ce sujet les pertinentes interrogations d'E. de FEYNOL («Contrats *in house*: état des lieux après l'arrêt *Asemfo*», *Act. jur. D.A.*, 2007, p. 1762) qui va jusqu'à distinguer le «*in house*» du «quasi *in house*» et du «pluri *in house*», en montrant que ce n'est pas la nature du contrôle qui importe mais le fait de savoir s'il existe une «convergence ou une divergence d'intérêts». Autrement dit, ce n'est pas l'existence de prérogatives de contrôle identiques à celles dont le pouvoir adjudicateur dispose à l'égard de ses propres services qui importe, mais plutôt l'assurance que l'entité liée ne poursuit pas des objectifs divergent de ceux du pouvoir adjudicateur.

PHILIPPE QUERTAINMONT

ravant⁵⁸. Ce qui pourrait conduire à reconsidérer les critères du «contrôle analogue» tels que formulés dans la jurisprudence *TECKAL*.

37. Il paraît en tout cas exclu d'exiger un contrôle de type hiérarchique, comme les pouvoirs publics l'exercent, dans le cadre de la centralisation ou de la déconcentration, sur leurs propres services.

Quant à un contrôle de tutelle, qui contrebalancerait la personnalité juridique et l'autonomie de gestion accordée à l'entité décentralisée, il faut rappeler que si la «décentralisation» se traduit par l'attribution de compétences à un organisme public appelé à fonctionner sous un régime d'autonomie, le point crucial est toujours de savoir où placer le curseur entre l'autonomie et l'indispensable contrôle dans le chef du pouvoir central?

Ou alors faut-il se placer, pour apprécier le «in house» dans une relation d'un autre type que le contrôle hiérarchique et la tutelle, relation restant à définir?

Etudiant le modèle de la contractualisation pour organiser les relations entre une autorité et une entreprise publique qui en dépend, Anne DRUMAUX a bien montré qu'entre l'entreprise dépendante et l'entreprise complètement autonome, «*il existe un continuum de formes d'exercice d'autonomie par rapport à la tutelle*» et que «*dans ce cadre, la stratégie de la tutelle sera de se renforcer en imposant la transparence tandis que la stratégie de l'entreprise sera de protéger son autonomie à travers le développement d'une expertise de gestion non transmise*»⁵⁹.

On peut aussi faire référence à une réforme intéressante, qui est celle découlant du «*Gemeente decreet*» du 15 juillet 2005, lequel prévoit que le contrôle sur les agences autonomisées communales s'exerce sous la forme classique de la tutelle administrative fortement allégée par la création au niveau régional d'une commission d'audit externe par commune⁶⁰.

38. En réalité, le principe de *sécurité juridique* n'impliquait-il pas davantage de clarté dans la définition de ce «contrôle analogue»?

On rappellera que la Cour de justice elle-même n'hésite jamais à faire appel dans sa jurisprudence au principe général de la sécurité juridique, qu'elle définit⁶¹

58. Voy. P. BLONDIAU, «Commentaires de l'arrêt de Tragsa», *Mouv. comm.*, 1/2008, p. 13.

59. «Contractualisation et enjeux de modernisation», *Les entreprises publiques autonomes*, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 41.

60. Pour une vue d'ensemble de ces nouvelles dispositions, voy. J. BOUVIER, «L'intérêt communal en chantier», *Droit communal*, 2007/2-3, p. 73.

61. Voy. parmi beaucoup d'autres, l'arrêt du 5 octobre 2000 (aff. C-337/98), *Commission c. France*, spéc. point 40.

AVANT-PROPOS

comme «l'exigence qu'une règle communautaire soit claire et son application prévisible pour tous ceux qui sont concernés».

Par ailleurs, les commentateurs avertis des arrêts de la Cour de justice⁶² n'ont pas manqué de relever que la jurisprudence du *in house* ne portait, en dehors de l'arrêt fondateur *TECKAL* en 1999, que sur sept «grands arrêts» prononcés entre janvier 2005 et avril 2007: *STADT HALLE*, *CONAME*, *PARKING BRIXEN*, *COMMISSION c. AUTRICHE*, *ASSOCIAZIONE NAZIONALE AUTOSTRAPORTO VIAGGIATORI*, *CARBOTERMO*, et enfin *ASEMFO*. Arrêts rendus le plus souvent sur questions préjudicielles et sur conclusions (parfois contraires) de quatre avocats généraux différents. Dans certaines de ces conclusions, des réponses divergentes sont même parfois apportées à des questions semblables. Enfin, cinq de ces arrêts (plus l'arrêt *TECKAL*) font une application négative du *in house*, en excluant ce critère, et deux seulement l'appliquent.

39. Concrètement, l'exigence jurisprudentielle d'un «contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services» conduit à devoir vérifier à chaque fois, si à la lumière de dispositions légales et statutaires, l'autorité adjudicatrice peut influencer oui ou non les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'entreprise liée, de façon déterminante.

Vis-à-vis de l'entité liée contractuellement à un pouvoir public adjudicateur, le contrôle dit «analogue» est-il un contrôle direct résultant de la propriété du pouvoir public? Le contrôle est-il limité à l'approbation des comptes et à la légalité des opérations effectuées par l'entité liée?

Dans l'arrêt déjà cité du 3 juillet 2007, *CODITEL BRABANT c. COMMUNE D'UCCLE*⁶³, qui a posé une question préjudicielle à la Cour de justice, le Conseil d'Etat s'était exprimé comme suit au sujet des rapports entre la commune d'Uccle et l'intercommunale *BRUTELE*:

«Considérant qu'il en ressort que l'autonomie de décision dont jouit la commune d'Uccle n'est pas aussi complète que celle vantée par la partie adverse, la s.c. BRUTELE; qu'en effet c'est le conseil d'administration, au sein duquel la commune d'Uccle dispose d'un représentant, qui exerce les pouvoirs les plus étendus, étant compétent pour tout ce qui n'est pas expressément réservé par la loi ou les statuts à l'assemblée générale, que c'est lui qui fixe notamment les tarifs, et que les délégations qu'il est autorisé à accorder dans les limites fixées à l'article 21 des statuts ne jouent qu'au profit des conseils de secteur dont le secteur de la Région bruxelloise, au sein duquel la commune d'Uccle dispose de trois administrateurs; que les

62. Notamment: E. de FEYNOL, «Contrats in house: état des lieux après l'arrêt *Asemfo*», *ét.cit.*, p. 1759.

63. Voy. ci-avant n° 17.

PHILIPPE QUERTAINMONT

statuts ne prévoient pas des conseils de sous-secteur qui pourraient bénéficier; pour ce qui concerne le sous-secteur considéré, d'une délégation de même nature; que, d'une manière générale, le caractère fermé de la s.c. BRUTELE aux coopérateurs privés, s'il a pour conséquence que toutes les décisions sont prises par des organes sociaux composés exclusivement de représentants des communes et intercommunales affiliées, n'entraîne pas que chacun de ces coopérateurs disposera individuellement à l'égard de la société de la même influence déterminante que s'il avait organisé lui-même l'activité in house; que la maîtrise sur la société et sur ses décisions est exercée collectivement par les communes au travers des organes statutaires de la société, laquelle dispose ainsi d'une certaine autonomie par rapport à ses affiliés; qu'il n'est, par ailleurs, pas contesté que celle-ci réalise l'essentiel de son activité avec ses affiliés».

40. qu'en est-il également lorsque le contrôle «analogue» est à répartir entre plusieurs entités publiques? Ce contrôle doit-il être exercé individuellement par chaque commune affiliée à l'entité concernée ou suffit-il qu'il le soit par la majorité des communes affiliées?

Il y a encore toute la problématique de la participation, même minoritaire, d'entreprises privées dans le capital de la structure créée par un pouvoir public pour rencontrer un besoin d'intérêt général. En résulte-t-il «nécessairement», au vu de la jurisprudence de la Cour de justice, toute perte de «contrôle analogue» dans le chef des pouvoirs publics, surtout si l'influence de ces derniers est déterminante⁶⁴?

L'on a relevé à cet égard⁶⁵ que d'autres indices que celui de l'ouverture de la société à des capitaux privés doivent être appréciés pour considérer que le critère du contrôle analogue est rempli en l'espèce. Tel est le cas de l'«influence déterminante» de la commune dans les objectifs stratégiques et les décisions importantes, influence que l'on peut apprécier au regard du droit national des sociétés.

Enfin, il faut encore souligner que le second critère du *in house*, c'est-à-dire les liens fonctionnels entre le prestataire et la personne publique, n'offre pas plus de sécurité quant à la constatation de sa réalité.

64. Il ressort de l'arrêt *Carbotermo* de la Cour de justice (11 mai 2006) que le capital de la société *Agesp* qui s'était vu attribuer l'entretien des installations de chauffage des bâtiments de la commune de Busto Arsizio, était intégralement détenu par *Agesp holding*, dont le capital était à son tour détenu à 99, 98 % par la commune précitée. Les statuts de la société *Agesp* permettaient d'ouvrir le capital à des actionnaires privés mais précisait qu'aucun associé, à l'exception de la société-mère n'était autorisé à détenir une participation supérieure à 10 % de la totalité du capital.

65. C. DUBOIS, «To be or not to be "in house"? Observations relatives à l'exception "In house" après l'arrêt *Carbotermo*», *C.D.P.K.*, 2007/2, p. 231 et s.

AVANT-PROPOS

En particulier, à partir de quel seuil faut-il considérer qu'une entité «réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent», pour reprendre la terminologie de la jurisprudence *TECKAL*⁶⁶?

Force est de conclure, provisoirement, que les concepts de *in house* et de *contrôle analogue* restent des notions en devenir. C'est pourquoi, certains ont plaidé pour que le *in house* fasse enfin l'objet d'une définition formelle⁶⁷, par exemple en se référant à ce qui est prévu dans le règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux services publics de transports de voyageurs.

Conclusion

Nos services publics locaux se trouvent aujourd'hui à la croisée des chemins. Il en va spécialement ainsi de l'intercommunalité, qui a pris une place considérable dans la gestion publique locale.

Cette matinée d'études a été l'occasion de procéder à une réflexion sur l'évolution de l'action économique locale au regard des contraintes européennes et d'esquisser une série de réflexions quant au mode de gestion et de financement des services publics locaux.

Si les concepts de *service public* et de *puissance publique* restent encore aujourd'hui des références obligées pour comprendre l'interventionnisme économique public, le développement du droit communautaire et les initiatives de la Commission en vue de libéraliser et d'harmoniser certaines activités de service public dans l'Union européenne obligent à une réflexion approfondie.

L'on voit cependant que nombre de questions que pose l'incidence du droit communautaire sur la gestion de nos services publics locaux n'ont pas trouvé à ce jour de réponses satisfaisantes et mériteraient d'être clarifiées par une réflexion politique et une recherche doctrinale.

Nonobstant la constatation que les préoccupations de la Commission européenne ne sont par nature, pas favorables à la conception du service public à la française et de notre modèle de gestion publique par des intercommunales mixtes, il me paraît cependant que l'harmonisation au niveau européen renforcera l'intérêt d'effectuer des comparaisons internationales et des confrontations d'idées. A ce point de vue, l'Institut international des sciences administratives et sa section belge francophone,

66. Sur cette question, voy. Y.-R. Guillou, «L'exonération des relations *in house* du régime des marchés publics», *A.C.C.P.*, avril 2004, p. 72.

67. P. BLONDIAU, «Commentaires de l'arrêt de Tragsa», *Mouv. comm.*, 1/2008, p. 15.

PHILIPPE QUERTAINMONT

l'AFSA, pourraient constituer une tribune pour des débats européens et des échanges d'informations sur les différents systèmes de gestion des services publics locaux dans les Etats membres de l'Union.

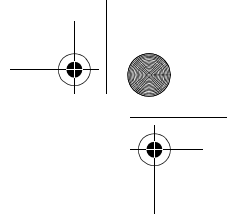
En Belgique, si les initiatives régionales ont conduit à une certaine rationalisation de l'intercommunalité, il reste néanmoins indispensable de rechercher une sécurisation du cadre juridique de la coopération au niveau communal, notamment par une clarification de l'exception *in house* et partant la recherche de la meilleure manière de satisfaire l'intérêt général.

S'il va de soi que les perspectives finales restent un meilleur fonctionnement de nos services publics locaux, un équilibre devra encore être trouvé entre intérêt général et concurrence. Sans cela, souligne Diane DÉOM, à l'instar d'autres observateurs lucides⁶⁸, «*l'évolution du droit européen risque de faire passer sous les fourches caudines de la concurrence jusqu'aux mécanismes les mieux établis du droit local*»⁶⁹.

Par delà les difficultés et les enjeux politiques que pose la problématique envisagée au cours de notre matinée d'études, l'AFSA compte poursuivre la réflexion et sera heureuse de pouvoir en rendre compte dans le futur, dans le cadre d'un colloque ou d'une publication actualisée.

68. Voy. également: L. DUBOIS, «Le droit communautaire a-t-il un impact sur la définition du droit administratif?», *Act.jur. D.A.*, 20 juin 1996 (n° spécial), p. 102.

69. «Les autres entités liées aux pouvoirs locaux», *ét. cit.*, p. 65.



CHAPITRE 1

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DROIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS: LA THÉORIE DE L'IN HOUSE¹

par
Ann Lawrence DURVIAUX
Avocate
Chargée de cours à l'ULg

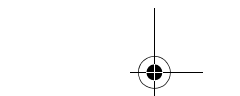
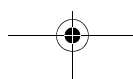
Présentation

§ 1 – Introduction

Les «marchés publics» figurent traditionnellement dans les manuels de droit administratif sous un chapitre distinct des moyens d'action de l'administration. De tout temps, les pouvoirs publics se sont tournés vers les entreprises privées pour obtenir des biens et des services en échange d'un prix.

Une des finalités généralement reconnue à l'action publique en Europe continentale, est de s'assurer que certains services considérés comme essentiels dans une société sont rendus à la collectivité. La discipline juridique évoque volontiers les activités d'intérêt général ou de service public pour rendre compte de ce phénomène. Les pouvoirs publics disposent théoriquement et abstraction faite de toute considération liée à un ordre juridique, de la faculté d'organiser eux-mêmes ces services (gestion directe) ou de confier à des entreprises privées (gestion indirecte) le soin de rendre ces services à la collectivité. Dans cette dernière hypothèse, la discipline évoque volontiers des expressions comme la concession de service public, la gestion déléguée des services publics.

1. Le texte de cette contribution a été présenté lors du colloque organisé par la CDVA, en octobre 2007, à l'Université de Liège, consacré à l'Etat et le marché, sous le titre, «La logique de marché dans les relations contractuelles entre le secteur public et le secteur privé: développements récents», Bruxelles, Larcier 2007.



ANN LAWRENCE DURVIAUX

Le droit communautaire des «marchés publics» a opéré entre ces deux phénomènes des liens nouveaux, inspirés par un certain savoir économique². La lettre des directives ne permettait pas de mesurer d'emblée l'ampleur et les contours exacts de ces liens.

La «logique de marché» qui sous-tend l'interprétation du droit primaire et du droit dérivé par les instances communautaires (Commission européenne et Cour de justice des Communautés européennes) a entraîné une transformation profonde de la catégorie juridique «marché public», en redessinant, l'objet et la contrepartie de la relation contractuelle ainsi que les sujets de celle-ci.

En définitive, la catégorie juridique «marché public», en droit communautaire, est une notion en «devenir», qui tarde à trouver des limites claires. La technique d'interprétation fonctionnelle, appliquée en cette matière comme dans d'autres par la Cour de justice, énerve en soi, le concept même de catégorie. Désormais, aux techniques traditionnelles d'interprétation du droit, les acteurs doivent se frotter à une pratique nouvelle, un certain art divinatoire consistant à anticiper les développements de la «logique de marché». Cette dernière, telle qu'utilisée aujourd'hui par les instances communautaires, ne dilue-t-elle pas, en définitive, la notion même de concept ou à tout le moins les concepts généralement utilisés en droit administratif?

§ 2 – Le droit dérivé

Les ambiguïtés de l'expression «marché public» sont apparues au fur et à mesure de l'évolution du droit dérivé issu de politiques sensiblement différentes³: programmes généraux relatifs à la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services⁴, suppression des discriminations au profit des nationaux⁵, «coordination»⁶ des procédures de passation dans le respect des

2. Sur la théorie des enchères, voy., notre thèse de doctorat, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, spéc., chap. 1^{er}, deuxième partie.
3. Pour un rappel plus détaillé des évolutions, voy. C. BRÉCHON-MOULÈNES, «Caractéristiques générales de la réglementation communautaire des marchés publics», *op. cit.*, spéc. pp. 1-12; S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London, Sweet & Maxwell, 1996, pp. 48-75.
4. Programmes généraux adoptés sur base des art. 54 et 63 du Traité de Rome dès 1961 (voy. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 2002, spéc. p. 325).
5. «La libéralisation» était envisagée dans la Dir. 70/32/CEE, du 17 décembre 1969, relative aux marchés de fournitures et de produits à l'État, à ses collectivités et aux personnes morales de droit public (*J.O.C.E.*, C 13 du 19 janvier 1970, p. 1) et dans la Dir. 71/304/CEE, du 26 juillet 1971, concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales (*J.O.C.E.*, L 185 du 26 août 1971, p. 1), respectivement sur base des art. 33, § 7, pour la première, et 54, § 2, et 63, § 2, du Traité CEE, pour la deuxième.
6. Dir. 71/305/CEE, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*J.O.C.E.*, L 185 du 16 août 1971, p. 5) et Dir. 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés de fournitures (*J.O.C.E.*, L 13 du 15 janvier 1977, p. 1). Il convient d'observer que la première directive citée ci-avant évoquait tant les marchés de travaux que les concessions, l'exécution ou l'exploitation d'ouvrages d'art ou la gestion de service public.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

pratiques des États membres. Le constat de l'échec de ces politiques, souligné tant par la doctrine⁷ que par la Commission européenne⁸, a permis à cette dernière d'intégrer la politique en matière de marchés publics à l'objectif plus général de la réalisation d'un marché intérieur⁹.

A partir de ce moment, la définition des «marchés publics» couverts par le droit dérivé est devenue sensible. L'expression a évolué de manière significative dans les directives prises à la fin des années quatre-vingt et au début des années nonante¹⁰. Les secteurs naguère exclus¹¹, en raison d'évidents enjeux stratégiques et de réelles difficultés d'ordre juridique, sont intégrés dans le droit communautaire des marchés publics. Dans la phase de «codification»¹², l'intégration dans les textes communautaires des engagements pris par l'Union européenne dans le cadre de l'O.M.C., a donné à la question de la définition des «marchés publics» ses dimensions actuelles. Les directives de mars 2004¹³ sont loin d'avoir accompli leur œuvre de simplification du point de vue du concept.

Les contours épurés de l'expression ont suscité un contentieux croissant tandis que la politique de l'Union européenne est vivement critiquée pour de multiples raisons¹⁴.

7. Sur le sujet, voy. not. C. BRÉCHON-MOULÈNES, «L'échec des directives travaux et fournitures de 1971 à 1976», *R.F.D.A.*, 1989, n° spéc., «Les marchés publics européens», p. 8 et s.
8. Dans son Livre blanc sur le marché intérieur de juin 1985, développé ensuite dans une communication au Conseil du 19 juin 1986 (COM 86-375).
9. Acte unique du 1^{er} juillet 1987.
10. Dir. 88/295/CEE du Conseil, du 22 mars 1988, modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE, *J.O.C.E.*, L 127 du 20 mai 1988, p. 1 et s.; Dir. 89/440/CEE du Conseil, du 18 juillet 1989, modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *J.O.C.E.*, L 210 du 21 juillet 1989, p. 1 et s.; Dir. 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *J.O.C.E.*, L 209 du 24 juillet 1992, p. 1 et s.; Dir. 90/531/CEE du Conseil, du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *J.O.C.E.*, L 297 du 29 octobre 1990, p. 1 et s.
11. Eau, énergie, transports et télécommunications, mais aussi les services restés de longues années hors champ d'application du droit communautaire.
12. Dir. 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, *J.O.C.E.*, L 199 du 9 août 1993, p. 54 et s.; Dir. 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, *J.O.C.E.*, L 199 du 9 août 1993, p. 1 et s.; Dir. 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *J.O.C.E.*, L 199 du 9 août 2003, p. 84 et s.
13. Dir. 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil européen, 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.*, L 134 du 30 avril 2004, p. 114 et s.; Dir. 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil européen, du 31 mars 2004, relative à la 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.*, L 134 du 30 avril 2004, p. 1 et s.
14. S. MARTIN et K. HARTLEY, «Public Procurement in the European Union: Issues et policies», *P.P.L.R.*, 1997, pp. 92-113; P.T. MADSEN, «Re-Opening the Debate on the Lack of Impact of E.U.-Tenders on the Openness of Public Procurement», *P.P.L.R.*, 2002, pp. 265-281; J.F. MARTIN, *The EC public Procurement Rules. A critical Analysis*, Oxford, Clarendon Press, 1996.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

§ 3 – *Les contours épurés de l'expression «marché public» en droit communautaire*

Dans son expression la plus simple, un marché public communautaire est un contrat écrit, conclu à titre onéreux entre deux personnes, qui a pour objet des prestations économiques dont la valeur dépasse des seuils pré-établis.

Telles quelles, ces précisions semblent toutes d'une évidence suspecte à énoncer. Le caractère écrit du contrat s'impose compte tenu des seuils financiers. La forme même du contrat est intimement liée aux libertés individuelles acquises dans tous les États de l'Union européenne: l'heure n'est plus à la corvée. La gratuité, dans un échange économique, est une hérésie dans une économie de marché.

Les contours épurés avec ses lots d'imprécisions et de non-dits fomentent de nombreux débats judiciaires et doctrinaux.

Le caractère onéreux d'abord.

Il peut s'agir d'un prix, sous forme d'une contrepartie financière mais le droit communautaire dérivé ne l'exige pas en tant que composante indispensable ou nécessaire, la contrepartie peut prendre la forme d'un droit d'exploitation. Le caractère onéreux de la relation contractuelle peut-elle prendre d'autres formes?

L'objet du contrat ensuite.

Il peut s'agir de travaux, de fournitures et de services, soit des prestations économiques. D'emblée, le droit dérivé s'est démarqué de certains droits nationaux en se dégageant, dans la définition des prestations économiques, de toute considération liée aux activités dites d'intérêt général ou de service public. Les nomenclatures reprenant les prestations économiques visent, ainsi, des prestations qui font parfois l'objet d'une «concession de service public» dans certains États membres¹⁵, notamment parce qu'elles sont prestées directement au bénéfice des usagers, citoyens ou «clients», en bref de tiers par rapport aux parties au contrat. Cependant, les textes n'interdisaient pas de considérer que les activités figurant dans les annexes devaient être prestées au bénéfice du pouvoir adjudicateur.

L'introduction d'un élément fonctionnel dans la définition de l'objet s'est faite de manière asymétrique: la directive «fournitures» indiquait que l'objet pouvait être l'achat, le crédit-bail, la location, la location-vente, avec ou sans option d'achat¹⁶. La directive «travaux» 93/37/CEE précisait que l'objet du contrat pouvait être soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution, soit la réalisation, par

15. Par ex., la gestion des déchets ménagers ou des services de transport.

16. Confirmé par l'art. 1^{er}, § 2, c), de la Dir. 2004/18/CE.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage¹⁷. Seule la directive «service» ne comportait aucune précision de cette nature¹⁸.

Les parties ou sujets de la relation contractuelle, enfin.

Il faut être au moins deux pour conclure un contrat, la difficulté résidant dans la détermination de l'altérité. La question allait devenir cruciale, d'une part pour déterminer les entités publiques qui pouvaient échapper à l'application du droit dérivé parce qu'ayant été créée dans un but d'intérêt général ayant un caractère industriel ou commercial, et d'autre part, pour déterminer le principe et les modalités de la mise en concurrence d'entités publiques et de sociétés privées, en qualité de prestataires, ou, pour reprendre la terminologie des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE déjà évoquées, d'opérateurs économiques¹⁹.

Section 1

Le(s) objet(s): «tu» n'es plus «toi», et pas encore un «autre»

§ 4 – Une relation contractuelle: l'objet et la contrepartie

Le caractère onéreux du contrat est une expression générique qui, à ce titre, est susceptible d'englober l'idée du paiement d'un prix ou l'acquittement d'une charge ou d'une autre obligation²⁰.

Il n'offre que deux certitudes, très superficielles: la première est qu'il implique l'exclusion des contrats à titre gratuit²¹; la deuxième est qu'il implique une contrepartie.

17. Qui fait également l'objet d'une définition, soit «le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique», avec pour objectif d'empêcher la scission artificielle de marché en vue de le placer sous les seuils prévus par l'ensemble des directives (voy. art. 14, § 10, al. 1, et 13, de la Dir. 93/37/CEE – à ce sujet, voy. notre analyse de l'arrêt C.J.C.E., 5 octobre 2000, *Commission européenne c/ République française*, aff. C-16/98, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système, op.cit.*, chap. 4, sect. 1, § 1; conf. par art. 1^{er}, § 2, b), de la Dir. 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil européen, 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.*, L 134 du 30 avril 2004, p. 114 et s.).

18. La même approche est suivie par l'art. 1^{er}, § 2, d), de la Dir. 2004/18/CE.

19. Art. 1^{er}, § 8, de la Dir. 2004/18/CE; curieusement, la précision que le terme est utilisé «uniquement dans un souci de simplification du texte» fait douter de la volonté de lui donner une portée juridique, ce qui constitue une méthode légistique pour le moins inhabituelle et, pensons-nous, critiquable, compte tenu de l'enjeu de cette «précision».

20. Le dictionnaire *Le Petit Robert* définit l'expression «à titre onéreux» en précisant qu'il peut s'agir, également, d'une action «sous la condition d'acquitter une charge, une obligation».

21. En droit belge, l'art. 1105 du C. civ. définit le contrat de bienfaisance comme celui dans lequel l'une des parties procure à l'autre un avantage purement gratuit.

Pour le reste, les acteurs devront composer avec la politique de «petits pas» de la Commission européenne et la jurisprudence de la Cour de justice.

La forme de la contrepartie est en effet, à plusieurs titres, un élément fondamental dans toute tentative de définition d'une catégorie juridique «*marché public*», ne serait-ce que sous un angle historique. Les législations nationales qui ont régi la passation de certains contrats ont souvent lié la définition de ceux-ci à la nécessité de protéger les deniers publics, qui implique, faut-il le souligner, une dépense publique qui se traduit le plus souvent par le paiement d'un prix²².

Premièrement, elle est, sous l'angle pratique, déterminante pour l'élaboration des techniques de passation pertinentes en général, et en particulier lorsqu'il s'agit de faire appel au «*marché*» ou de faire «*autre chose*»²³, comme une réorganisation administrative par la création d'une entité publique à laquelle les autorités créatrices vont nécessairement affecter des moyens financiers pour son fonctionnement. Des techniques d'affectation relevant de mécanismes budgétaires peuvent-elles être réduites, comparées ou assimilées au paiement d'un prix²⁴? Dès que la contrepartie d'une prestation est autre qu'un prix, des problèmes d'évaluation se posent²⁵.

Deuxièmement, la contrepartie est également fondamentale si l'on veut bien considérer la relation conceptuelle entre le «*marché public*» et la notion «*d'aide d'État*» en droit communautaire. Comment distinguer les deux concepts sans nécessairement préciser la corrélation entre les obligations mutuelles des parties, leurs caractères réciproques et leurs bénéficiaires, toutes questions qui se concrétiseront nécessairement dans différentes formes de contrepartie²⁶?

22. X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, L.G.D.J., 1999, et A. CABANES, *La notion communautaire de marché publics*, thèse, non publiée, spéc. pp. 80-130; cependant, les conséquences qui en sont généralement tirées par ces deux auteurs, dont la nécessité de réserver aux «*concessions*» un traitement particulier du point de vue de leur attribution (*intuitu personae*) parce qu'elles seraient moins engageantes pour les finances publiques, ne sont guère convaincantes. Les finances publiques restent affectées de manière substantielle par une concession. Si la concession peut impliquer de manière théorique une économie pour les autorités publiques, elle comporte généralement des clauses qui peuvent impliquer de lourdes dépenses en cours d'exécution du contrat, à charge de la collectivité.

23. *Infra*, point 2.

24. C.J.C.E., 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding*, aff. C-360/96, *Rec.*, 1998, p. I-6821, concl. av. gén. A. LA PERGOLA; *P.P.L.R.*, 1999, CS 5-8, et pp. 43-53, avec obs. R. WILLIAMS, «The 'Arnhem' Case: Definition of 'Body Governed by Public Law'». Comme cet auteur, nous ne le pensons pas, et l'opinion divergente de l'avocat général illustre parfaitement l'impossibilité de réduire les deux hypothèses à une seule, la comparaison devenant impossible.

25. CJCE, 18 janv. 2007, *Auroux c/ Cne Roanne, en présence de SEDL*, aff. C-220/05. Dans cette affaire relative à une convention d'aménagement en droit français, la Cour de justice estime que la valeur du marché doit être calculée en fonction notamment des recettes auprès des tiers.

26. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système.*, spéc. pp. 70-73.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

Troisièmement, la contrepartie est également fondamentale pour l'identification de catégories spécifiques de «relations» que l'on entend soumettre ou pas au droit communautaire dérivé. L'exigence du caractère onéreux permettait d'englober les concessions dans l'expression «marché public». Le droit communautaire ne l'a fait que partiellement, en intégrant les concessions de travaux et non les concessions de services. L'explication est politique²⁷. Le résultat pratique de cette faiblesse conceptuelle est de fragiliser une série de projets. La qualification reste problématique.

En évoquant le caractère onéreux de la relation sans préciser le débiteur de la contrepartie, ni l'origine des ressources servant au paiement de la prestation, le droit communautaire dérivé des marchés publics se précipitait dans une des questions les plus délicates des «contrats publics»²⁸, alors que le caractère générique utilisé dans la définition permettait de penser qu'il tentait d'y échapper.

En effet, le prix payé par la personne qui commande la prestation est considéré dans certains ordres juridiques comme le critère d'identification du marché public²⁹. Cette identification n'a cependant de sens que lorsque l'ordre juridique considéré entend distinguer cet acte juridique d'un autre, souvent appelé «concession» ou «délégation», avec pour conséquence de leur réserver un régime juridique distinct en matière de passation et d'exécution.

27. Une réticence historique française et italienne. La première se comprend d'autant moins que, postérieurement au refus clairement exprimé lors de l'élaboration de la directive qui allait couvrir la passation des services (Dir. 92/50/CEE), le législateur français, rattrapé par quelques incidents, allait adopter la loi «Sapin» qui, de facto, organisait la mise en concurrence des «délégations de services publics».

28. L'expression est imprécise, parce qu'elle devrait se référer à un système juridique particulier. Or, la réflexion est ici générale.

29. En droit français, voy. not. concl. C. BERGEAL, sous C.E. fr., 7 avril 1999, *Commune de Guilherand Granges, A.J.D.A.*, 1999, p. 517 et s.; C.E. fr., 6 décembre 1995, *Département de l'Aveyron et autres sociétés Jean-Claude Decaux, Rec.*, p. 428, qualifiant de «marché public» un contrat dit de mobilier urbain, lorsque l'entreprise construit des éléments qui sont ensuite loués par la collectivité contre une rémunération versée par elle; en droit belge, cela peut être déduit des dispositions de la réglementation relative aux marchés publics qui détaillent les opérations matérielles de comparaison des offres et les modalités d'exécution du contrat, qui n'envisagent que l'hypothèse du paiement d'un prix par le pouvoir adjudicateur (voy. art. 15 du CGC). La doctrine belge s'est, curieusement, rarement attelée à définir, en tant que tel, le marché public, sauf, à l'instar de la discussion menée en France, pour l'opposer parfois à la concession de service public. La réflexion menée portait alors, pour le marché public, sur les mécanismes de passation et, pour la concession, sur les modalités d'identification et de gestion des services publics. La jurisprudence, quant à elle, ne propose pas une distinction stricte des deux figures juridiques, ni d'ailleurs d'autres «contrats» de l'Administration. Trois décisions illustrent cette tendance face à l'Administration, accomplissant soit des «adjudications», terme qui ne faisait pas l'objet de définition précise dans la loi du 18 mai 1846 et qui était utilisé dans d'autres matières, comme l'adjudication de droit de chasse ou les ventes publiques, soit un «contrat», sans souci excessif de définition (voy. Civ. Tongres, 15 mars 1927, cité par A. DE GRAND'RY, *Les marchés de fournitures et de travaux*, 2^e éd., Bruxelles, p. 113; Bruxelles, 28 janvier 1939, *Pas.*, 1941, II, p. 71, évoquant une concession qu'elle soumettait à la loi du 15 mai 1846 sur la comptabilité de l'État; J.P. Beaumont, 3 juin 1947, *J.T.* 1947, pp. 452-453, relatif à un bail passé par une fabrique d'église).

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Le sujet reste sensible, notamment en France. La jurisprudence du Conseil d'État y est extrêmement nuancée et suscite de vifs débats en doctrine³⁰.

En droit communautaire, le concept de concession n'était pas indispensable, compte tenu de l'exigence du caractère onéreux. Les difficultés récurrentes de distinguer fermement les deux figures juridiques ne doivent pas être minimisées. L'assimilation quasi intégrale finalement retenue par la Commission européenne dans la communication interprétative et l'application des dispositions générales du Traité CE et des principes généraux aux contrats non visés déplacent, et par conséquent ne résolvent pas, le problème de qualification.

Une partie de ces difficultés résulte de l'absence de précision de nature juridique dans la définition, notamment sur les fonctions des partenaires et le type de contrat³¹.

Enfin, une influence financière indirecte est envisagée dans le champ d'application du droit dérivé des marchés publics. L'origine publique des fonds qui servent à honorer la prestation économique qui forme l'objet du marché a, par ailleurs, retenu l'attention du législateur communautaire dans une hypothèse marginale. Elle n'a pas encore été abordée directement par la Cour de justice³².

Faut-il en déduire qu'à défaut de rentrer dans cette hypothèse spécifique, l'origine publique des fonds reste étrangère au concept communautaire de marché public? Telle semble bien être l'interprétation de la Cour de justice, qui estime que l'emploi de ressources publiques n'est pas un élément de la définition communautaire du marché public³³, confirmant le caractère très générique de l'expression à titre onéreux.

30. Notamment, en droit français, la distinction entre délégation de service public (not. reprise dans la loi n° 2001-1168, du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractères économique et financier, dite loi MURCEF) et marché public (voy. égal. C. BERGÉAL, concl. sous C.E. fr., 30 juin 1999, n° 198147, *Syndicat mixte des ordures ménagères Centre-Ouest Marnais*, Rec., p. 230; C.E. fr., 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, Rec., p. 137); le versement d'un prix par la collectivité publique semble admis par la doctrine pour caractériser le marché public (voy. en ce sens, J.-C. DOUENCE, «Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondées sur le mode de rémunération», *R.F.D.A.*, 1999, pp. 1134-1146, spéc. 1135; voy. cependant les critiques formulées par X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., où l'auteur propose une autre typologie des contrats publics fondée sur l'objet de ceux-ci; pour une présentation des thèses en présence, voy. B. GENEVOIS, «La distinction entre concession de service public et marché de travaux publics», *C.J.G.E.*, 2001, pp. 179-190, spéc. p. 180).
31. Dans le même sens, mais uniquement par rapport à la fonction de maître d'ouvrage, qui fait l'objet d'une définition législative en droit français, ce qui explique probablement la remarque particulière, voy. M. UBAUD-BERGERON, «Les contradictions du régime du financement privé des ouvrages publics sur le domaine public de l'État», *A.J.D.A.*, 2003, pp. 1361-1367.
32. Le droit communautaire a eu, par ailleurs, l'occasion de préciser le concept de «ressources publiques» dans la problématique des aides d'État (voy., sur le sujet, J.-P. KEPPELNE, *Guide des aides d'État en droit communautaire. Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruxelles, Bruylant, 1999, nos 140-148, pp. 111-119).
33. C.J.C.E., 18 novembre 2004, *Commission européenne c/ Allemagne*, aff. C-126/03, <http://www.europa.eu.int/cj>, spéc. pt 20.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

Cette dernière précision accentue la *rupture sémantique radicale* opérée en droit communautaire par rapport aux droits internes des États membres, qui plaçaient l'efficacité de la dépense publique au cœur de leurs législations nationales antérieures.

§ 5 – Une prestation économique en échange d'un prix déterminable

Lorsque le prix n'est pas payé par la personne qui commande la prestation ou ne l'est que partiellement, ou ne peut être déterminé à l'avance, la qualification de *marché public communautaire* en est-elle affectée?

La Cour de justice des Communautés européennes hésite sur un sujet dont la complexité est certaine³⁴. Elle a admis que l'exigence d'un montant préalablement déterminé auquel a droit l'adjudicataire était une caractéristique du marché public, caractéristique qui nous semble plus liée au concept de contrat synallagmatique qu'à celui de marché³⁵.

Mais elle a également souligné que le prix est déterminable à l'avance lorsqu'il est constitué par une rétribution annuelle proportionnelle au volume des recettes³⁶, et ce même sans précisions complémentaires relatives à la structure de cette rétribution. Or, le volume des recettes étant une donnée difficilement maîtrisable par les parties au contrat, le prix qui se fonde sur celui-ci nous semble, dans une certaine mesure, affecté d'un aléa qui évoque «*l'idée*», qui sera reprise ultérieurement par la Cour de justice et la Commission européenne pour caractériser les «*concessions communautaires*», d'un risque d'exploitation particulier.

Entendait-elle renoncer à distinguer les marchés publics d'autres contrats publics en minimisant la question du mode de rémunération dans la typologie européenne³⁷?

Il ressort d'arrêts ultérieurs qu'il n'en fut rien.

34. T. KIRAT, «L'allocation des risques dans les contrats: de l'économie des contrats 'incomplets' à la pratique des contrats administratifs», *R.I.D.E.*, 2003, pp. 11-46.

35. En ce sens, concl. av. gén. A. LA PERGOLA, précédant C.J.C.E., 10 novembre 1998, *BFI Holding*, aff. C-360/96, *Rec.*, 1998, p. I-6821.

~~C.J.C.E., 26 avril 1994, Commission c/ Italie, aff. C-272/91, Rec., 1994, p. I-1409, concl. C. GULMANN.~~

37. En France, selon une abondante jurisprudence du Conseil d'État, ce qui n'était pas des marchés publics et relevait plus du concept de concession ou de délégation fut longtemps caractérisé par le fait que le prestataire se rémunérait par le biais de redevances perçues à charge des usagers. Dans le dernier état de la jurisprudence, cet élément a été lié, en fait, au paiement d'une rémunération qui dépendait de données financières relatives à l'exploitation. Cette dernière précision de la jurisprudence sur ce point opère un rapprochement du concept français de délégation avec la définition de la concession du droit communautaire (voy. C.E. fr., 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de la Ciotat, A.J.D.A.*, 1999, p. 364 et s., qui énonce le critère de la rémunération «*substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation*»; voy. égal. J.-C. DOUENCE, *op. cit.*, pp. 1134-1146).

ANN LAWRENCE DURVIAUX

§ 6 – Des travaux ou ouvrages en échange d'un droit d'exploitation

Elle ne pouvait le faire sans précaution puisque la directive 89/440/CEE a introduit la concession de travaux publics dans le champ d'application du droit dérivé des marchés publics, en la définissant comme «un contrat présentant les mêmes caractères que ceux (...) (soit des marchés publics de travaux), à l'exception du fait que la contrepartie consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix»³⁸. L'importance croissante des concessions – il serait plus exact de dire leur renouveau³⁹ –, soulignée par les instances communautaires, semblait avoir justifié cette extension du champ d'application.

Est-il besoin de souligner les lacunes de cette définition?

Le terme «exploitation» implique-t-il nécessairement que les travaux ou l'ouvrage soient fréquentés par des tiers par rapport aux parties contractuelles et que ceux-ci payent directement au concessionnaire cette fréquentation?

Exploiter des travaux ou un ouvrage signifie-t-il uniquement leur mise en location ou également l'octroi d'un autre droit de jouissance à un tiers (p. ex., un droit de superficie ou d'emphytéose) ou à l'entité qui les a commandés?

Peut-on chercher une solution dans la sixième directive TVA, qui a permis à la Cour de justice de considérer que l'exploitation recouvrait «toutes les opérations, quelle que soit leur forme juridique, qui visent à retirer du bien en question des recettes ayant un caractère de permanence»⁴⁰?

Plus fondamentalement, la définition ne mentionne pas le critère du transfert de risque(s)⁴¹ retenu ultérieurement par les instances communautaires pour distinguer le marché de services de la concession de service public.

§ 7 – Des services ou des fournitures en échange d'un droit d'exploitation: le principe de l'exclusion

La conséquence de l'indétermination de l'objet des contrats visés par les directives communautaires «marchés publics» présentent des aspects similaires pour les marchés de services et les marchés de fournitures.

38. L'art. 1^{er}, § 3, de la Dir. 2004/18/CE n'apporte aucune modification.

39. Ce qui apparaît clairement des recherches menées par X. BEZANÇON, notamment de sa thèse, *Essais sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, op. cit., pp. 103 et s.; sur le même sujet et avec les mêmes leçons tirées du passé, voy. P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de services publics*, Bruxelles, Bruylant, 1961.

40. C.J.C.E., 20 juin 1991, *Polysar*, aff. C-60/90, *Rec.*, 1991, p. I-3111; sur cet arrêt, voy. P. COSSALTER, «Les contrats de travaux dans l'Union européenne. Une étude du forum européen des entreprises générales», *M.T.P.*, n° 5167 du 6 décembre 2002, cahier détaché 2, spéc. p. 7.

41. Les risques liés à la construction étant, par définition, présents et pouvant être répartis de diverses manières dans les marchés publics de travaux, il est tentant de caractériser la concession de travaux par le transfert d'un risque de fréquentation.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

La discussion sur le phénomène de concession s'est nouée autour de la qualification d'un contrat de fournitures.

Comment, en effet, qualifier, en droit communautaire, des contrats qui portent à la fois sur la fourniture, l'entretien, le fonctionnement et autres services d'un jeu de lotto, que l'ordre juridique italien qualifie de «concessions»?

Dans une affaire déjà ancienne, la Cour de justice avait retenu l'absence de transfert de responsabilité, au «concessionnaire», des opérations inhérentes au jeu pour «disqualifier» le contrat de concession en marché de fournitures^{42, 43}.

Dans la même affaire, la Cour de justice va préciser que le transfert de propriété n'est pas un critère pertinent dans l'opération de qualification de marché de fournitures, qui peut comporter des clauses qui, d'une manière ou d'une autre, organisent un fractionnement du paiement du prix avec transfert de propriété à la fin du fractionnement, contrat qui implique donc une certaine durée^{44, 45}.

42. C.J.C.E., 26 avril 1994, *Commission européenne c/ République italienne*, aff. C-272/91, *Rec.*, 1994, p. I-1409, concl. C. GULMANN. La C.J.C.E. a considéré que violait «les articles 52 et 59 *Traité C.E.E. relatifs, respectivement, à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services, un Etat membre qui réserve aux organisations dont le capital est majoritairement détenu par le secteur public, la participation à un marché portant sur la concession du système d'automatisation du jeu du lotto, dès lors que ledit marché, qui comporte les locaux, les fournitures, l'installation, l'entretien, le fonctionnement, la transmission des données, ainsi que tout autre élément nécessaire à l'exploitation du jeu, n'entraîne aucun transfert de responsabilités au concessionnaire, en ce qui concerne les différentes opérations inhérentes au jeu, de sorte que l'exception prévue à l'article 55, alinéa 1^{er} Traité C.E.E. en ce qui concerne les activités participant à l'exercice de l'autorité publique, ne peut trouver à s'appliquer. Pareille pratique constitue également une violation des articles 17 à 25 de la directive du Conseil 77/62/CEE du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures*».

43. Elle écartait, ce faisant, la thèse du Gouvernement italien, qui soutenait que le marché, portant sur la fourniture d'un système d'automatisation intégrée comprenant, notamment, la fourniture de certains biens à l'administration, n'était pas visé par la directive précitée, au motif qu'il consistait en la concession, par l'administration à un tiers, d'une activité relevant de l'exercice de l'autorité publique en matière de fiscalité.

44. Il est en effet habituel de prévoir ce type de clause en terme de garantie. Cet arrêt constitue une première application de «l'idée» de mise à disposition de biens, opération économique qu'il convient, en droit communautaire des marchés publics, de détacher, dans l'opération de qualification juridique, de toute considération juridique, qui semble superflète, mise en regard avec les objectifs poursuivis par ce «droit».

45. C.J.C.E., 26 avril 1994, *Commission européenne c/ République italienne*, aff. C-272/91, *op. cit.* Ainsi, la Cour a précisé que «le fait qu'un marché de fourniture d'un système d'automatisation intégral pour le fonctionnement du jeu du lotto, qui comporte e.a. la fourniture de certains biens à l'administration, prévoit que le système en cause ne deviendra la propriété de cette dernière qu'au terme des rapports contractuels avec l'adjudicataire et que la rémunération de celui-ci sera constituée par une rétribution annuelle proportionnelle au volume des recettes, n'a pas pour effet de le faire échapper au champ d'application de la directive du Conseil 77/62/CEE du 21 octobre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures. En effet, l'extension de la définition du champ d'application de la directive à des contrats tels que le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, qu'a opéré l'article 2 de la directive du Conseil 88/295/CEE du 22 mars 1988, atteste de la volonté du législateur communautaire de faire également relever dudit champ d'application la fourniture de produits, qui ne deviennent pas nécessairement la propriété de l'administration publique, et dont la contrepartie est fixée de manière abstraite».

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Lorsque la Commission européenne a voulu intégrer la concession dans le champ d'application de la directive 92/50/CEE, à l'instar de ce qui avait été prévu dans la directive 93/37/CEE, elle s'est heurtée à la vive opposition de certains États membres. La proposition de la Commission fut clairement rejetée par le Conseil européen lors de l'élaboration de la directive 92/50/CEE⁴⁶.

En dépit de cette histoire sans ambiguïté, le contentieux sur cette question n'allait pas manquer.

§ 8 – Des services en échange d'un droit d'exploitation: le contentieux relatif au principe de l'exclusion

L'affaire BFI⁴⁷ affaire, riche de nombreux enseignements, est abordée ici sous l'angle de la qualification du contrat visé⁴⁸. Le «*contrat*» avait pour objet le ramassage d'ordures ménagères organisé par des entités locales. Des communes avaient décidé de regrouper, au sein d'une société exclusivement publique, constituée par elles, des activités de collecte d'ordures, tâches accomplies auparavant par chaque commune.

La Cour de justice va éviter le problème de qualification posé par cette affaire. Pourtant, dans ses observations écrites, le Gouvernement français avait souligné que le contrat litigieux pouvait être qualifié de concession de service public, exclue du champ d'application de la directive 92/50/CEE. La Cour de justice va écarter l'objection, «*sans qu'il soit nécessaire d'interpréter la notion de concession de service public, qui ne fait pas l'objet des questions posées par la juridiction nationale*», en déduisant des renseignements fournis par les communes⁴⁹ que la rémunération versée en exécution de ce contrat consistait uniquement dans un prix, et non pas dans le droit d'exploiter le service⁵⁰.

46. Sur l'historique de ce rejet, voy. concl. av. gén. N. FENELLY, précédant C.J.C.E., 7 décembre 2000, *Telaustria et telefonadress*, aff. C-324/98, *Rec.*, 2000, p. I-10745 et s., spéc. pt 21.

47. C.J.C.E., 10 novembre 1998, *BFI Holding*, aff. C-360/96, *op. cit.*

48. L'avocat général souligne que la création d'une société publique implique l'intention de regrouper les tâches accomplies auparavant par les communes, qui se distingue de la volonté de les confier à un tiers. En réalité, il va dénier à la société la qualité de tiers, pour y voir un «*organe*» de l'administration publique, identifiant une «*délégation inter-organique*». Il pose, à juste titre selon nous, la question en termes de liberté de gestion des autorités publiques, question distincte de celle visée par les directives marchés publics, à laquelle ces dernières n'ont pas vocation à s'appliquer (voy. *infra*, II).

49. Et notamment des art. 8 et 9 de l'accord-cadre conclu entre la *Gemeente Rheden* et *ARA*, ainsi que de l'art. 7 de la convention de prestations de services relative au ramassage des ordures ménagères, conclue entre les mêmes parties.

50. La position de la Cour de justice est tautologique, puisque l'analyse de la structure du prix et de l'objet du contrat (ici l'exploitation d'un service) participe à la détermination de la contrepartie.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

Par contre, l'Avocat général LA PERGOLA va rencontrer, très longuement, dans ses conclusions le problème délicat de qualification. Rappelant la genèse de la directive 92/50/CEE, qui semble indiquer l'exclusion des concessions de son champ d'application⁵¹, et repartant de «*l'opinion commune*», l'avocat général va proposer, selon une méthode usuelle, un ensemble de critères d'identification.

Le premier critère est celui du destinataire ou du bénéficiaire du service fourni: un pouvoir adjudicateur, dans le marché public, et un tiers étranger au rapport contractuel, en général la collectivité, dans la concession.

Le deuxième critère d'une concession est le paiement, par ce tiers, d'une certaine somme, en relation avec le service reçu. Dans une concession, la rémunération est, en tout ou en partie, tirée de la prestation de services que le concessionnaire effectue en faveur des bénéficiaires.

Le troisième critère d'une concession est le caractère d'intérêt général du service, du fait que sa prestation incomberait institutionnellement à une autorité publique. Le fait que le service soit rendu par une autre personne que celle institutionnellement désignée impliquerait une «*substitution*» du concessionnaire au concédant dans les obligations qui sont imposées à ce dernier.

Enfin, il introduit un autre aspect «*significatif*» de la concession de services en droit communautaire, qui résiderait dans le fait que le concessionnaire assumerait le «*risque économique*» découlant de la fourniture et de la gestion des services, objet de la concession⁵².

Dans le cas d'espèce, l'avocat général va estimer que le concessionnaire n'assumait pas le risque lié à la gestion du service. Il va souligner que «*la rémunération n'aurait pas été déterminée de manière abstraite*» et que le paiement d'une somme prévue par les documents ne dépendait pas d'indices prédéterminés (tels que le coût unitaire de chaque opération) et n'avait pas non plus été fixé de manière forfaitaire.

En réalité, la somme payée correspondait au coût total du service rendu par la société publique et l'objectif était de permettre à ladite société de clore un bilan en équilibre. En conséquence, les tarifs étaient adaptés pour atteindre l'équilibre entre recettes et dépenses. Selon l'avocat général, la seule exigence que le service rendu ne constitue pas une charge excessive pour les bénéficiaires ne pouvait à lui seul induire un réel risque économique.

51. Sans toutefois que des discussions très élaborées aient eu lieu sur la question de savoir comment il était possible de distinguer ce type de relation juridique des marchés.

52. Pt 26.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Selon l'avocat général, la qualification de marché public ne s'imposait pas pour autant sans investigation complémentaire. En effet, il fallait encore que le montant auquel avait droit l'adjudicataire du marché ait été déterminé au préalable. Or, en l'espèce, «*la rémunération n'aurait pas été déterminée de manière abstraite*», selon lui.

Le montage impliquait que l'intervention financière des communes était fonction des besoins qui se manifestaient en cours d'activité. Il n'y avait donc pas de prix prédéterminé ou prédéterminable. Il n'y avait pas non plus le moindre élément lucratif dans la rémunération de la société publique. Selon l'avocat général, cet élément avait des conséquences sur l'activité exercée, qui ne pouvait pour cette raison être qualifiée d'activité à caractère économique et commercial, et ne pouvait, par conséquent, faire l'objet d'une véritable mise en concurrence⁵³.

En fait, l'avocat général mettait en évidence que la mise en place d'une entité publique pour organiser le ramassage d'ordures ménagères sur le territoire des entités locales participant à la mise en place de ladite structure, ne pouvait être assimilée à un marché public. La création d'une entité publique correspondait plus, dans l'analyse de l'avocat général, à une organisation administrative particulière qui, en quelque sorte, impliquait de renoncer à faire «*appel au marché*» pour réaliser la prestation qui constituait la raison sociale de cette entité administrative. Les moyens financiers alloués à cette entité publique peuvent, dans cette perspective, être considérés comme des affectations de fonds publics (technique budgétaire), et non comme la contrepartie allouée par les membres qui ont constitué l'entité publique «*en rémunération*» ou «*en contre-partie*» de la réalisation de son «*objet social*» ou de sa «*raison sociale*». Cette analyse est sans aucun doute celle qui est la plus en phase avec les outils d'analyse économique⁵⁴. Elle n'est cependant pas celle qui semble avoir été suivie ultérieurement par la Cour de justice⁵⁵. Le débat sur l'interprétation des concessions communautaires ne fut pas clos pour autant.

53. Le raisonnement de l'avocat général impliquait, en fait, une analyse qui permettait de préserver du champ d'application du droit communautaire dérivé des marchés publics la mise en place, par des autorités publiques, d'une structure publique. Le mécanisme de rétribution s'apparente, dans cette perspective, à une technique budgétaire plus qu'au paiement d'un prix.

54. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., spéc. titre II, chap. 1.

55. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., spéc. Titre I chap. 5, sect. 2.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

L'affaire TELAUSTRIA⁵⁶ a permis à la Cour de justice de rencontrer le problème de qualification de la concession en droit communautaire⁵⁷.

Dans le cadre du litige principal (devant le Bundesvergabeamt), une partie (TELEKOM AUSTRIA) a soutenu que le contrat à conclure échappait au champ d'application des directives en matière de passation de marchés publics de services aux motifs, d'une part, que le contrat n'avait pas de caractère onéreux et, d'autre part, qu'il s'agissait en l'occurrence d'une «*concession de service public*» exclue du champ d'application des directives 92/50/CEE et 93/38/CEE^{58,59}.

56. C.J.C.E., 7 décembre 2000, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH et Telekom Austria AG, anciennement Post & Telekom Austria AG, en présence de: Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, *Rec.*, 2000, p. I-10745; *P.P.L.R.*, 2001, NA 57-63, note M. Dischendorfer, «Service Concession under the E.C. Procurement Directives: A Note on the Telaustria Case».
57. Les questions préjudicielles posées dans cette affaire visaient à déterminer la portée de l'exclusion des concessions de services du champ d'application des directives 92/50/CE et 93/38/CE. Les faits pertinents pour la compréhension de l'affaire sont les suivants. Telekom Austria, créée par le Telekommunikationsgesetz, est une société anonyme dont toutes les actions sont détenues par la République d'Autriche. Succédant à l'ancienne Post & Telegraphenverwaltung (Administration des Postes et des Télégraphes), elle a pris en charge les anciennes fonctions de cette dernière, parmi lesquelles l'obligation de garantir qu'un annuaire regroupant tous les abonnés aux services publics de téléphonie vocale soit disponible. Alors qu'avant 1992, la Post & Telegraphenverwaltung assurait par ses propres moyens son obligation de publication, notamment d'un annuaire officiel, connu sous la dénomination de «*pages blanches*», elle a décidé, à partir de 1992, en raison du coût élevé de l'impression et de la distribution de cet annuaire, de chercher un partenaire. Le contrat conclu en conséquence expirant le 31 décembre 1997, Telekom Austria a publié le 15 mai 1997, dans l'*Amtsblatt zur Wiener Zeitung* (Bulletin annexé au *Journal officiel* autrichien), une invitation à lui «*soumettre des offres en vue de l'obtention d'une concession de services publics pour la fabrication et la publication de répertoires des abonnés au téléphone, imprimés et susceptibles d'utilisation électronique (annuaires téléphoniques) à compter de l'édition à paraître 1998/1999, puis pour une durée indéterminée*». Telaustria et Telefonadress, estimant qu'il s'agissait d'un marché public régi par le droit communautaire et le droit national, ont introduit, respectivement les 12 et 17 juin 1997, auprès de la Bundes-Vergabekontrollkommission, des demandes d'ouverture d'une procédure de conciliation, en application de l'article 109 du Bundesvergabegesetz 1997. Cette procédure de conciliation fut suivie d'une procédure contentieuse, au cours de laquelle la qualification du contrat fut examinée.
58. Dans les motifs de l'ordonnance de renvoi, le Bundesvergabeamt relève que ce contrat, composé de plusieurs contrats qui s'imbriquent en partie, concerne la fabrication d'annuaires téléphoniques imprimés et comprend, notamment, les prestations de services suivants de la part de Herold: la collecte, le traitement et l'organisation des données concernant les abonnés, la fabrication d'annuaires téléphoniques et certains services publicitaires. En ce qui concerne la rétribution du cocontractant, ledit contrat prévoit que Herold n'est pas directement rémunérée pour ses prestations de services, mais qu'elle peut les exploiter commercialement. Au vu de l'ensemble de ces éléments, et notamment du mode de rétribution du prestataire de services, de nature à conduire à la qualification de «*concession de services*» dudit contrat, ainsi que de ses propres considérations, le Bundesvergabeamt, ayant des doutes quant à l'interprétation des Dir. 92/50/CEE et 93/38/CEE, a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour des questions préjudicielles.
59. Entre-temps, le 1^{er} décembre 1997, Herold, à laquelle la concession devait être attribuée peu après, est devenue propriété de l'entreprise GTE qui, le 3 décembre 1997, a accordé à Telekom Austria une participation de 26 % dans le capital de Herold, cette dernière devenant ainsi une filiale commune de GTE et de Telekom Austria. Le 15 décembre 1997, le contrat en cause au principal a été formellement conclu entre Herold et son actionnaire minoritaire, à savoir Telekom Austria.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

L'Avocat général FENNELLY allait compléter de manière très fouillée l'analyse de la concession en droit communautaire (dans le cadre de la directive 93/38/CEE déjà citée)⁶⁰.

Tout en affirmant, de manière superflue⁶¹, qu'une interprétation littérale des directives ne pouvait amener à la conclusion que les concessions étaient visées et qu'une «*simple interprétation contextuelle suffisait*» à les exclure, il prend comme point de départ de sa réflexion le concept communautaire de concession de travaux publics, en mettant l'accent sur l'obligation pour le concessionnaire de supporter «*le risque économique principal ou en tout cas substantiel*» associé à la prestation du service concerné⁶². Dans ce cas, il estime qu'il «*doit exister une forte présomption en ce sens que l'arrangement conclu*» constitue une concession plutôt qu'un marché. Tout en réexaminant la première partie des conclusions de l'Avocat général LA PERGOLA, il souligne également que le service faisant l'objet de la concession ne doit pas nécessairement être un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86 (ex-art. 90) du Traité CE⁶³. Il précise encore que la Cour n'était pas compétente, selon lui, pour exclure ou inclure, dans la recherche d'un critère de la concession, les services d'intérêt général.

L'avocat général va résumer sa pensée en ces termes «*dès lors, (...), il convient d'adopter une démarche au cas par cas s'agissant de la question de savoir si un contrat constitue une concession ou un marché de services, démarche tenant compte de l'ensemble des éléments fournissant des indications, le plus important étant de savoir si la concession consiste en la délégation d'un droit d'exploiter un service particulier ainsi qu'un transfert simultané au concessionnaire d'une portion significative du risque associé à ce transfert*».

L'exercice concret de qualification reste délicat, puisque l'existence d'une probabilité d'exploiter la concession en faisant des bénéfices ne suffit pas pour conclure qu'il n'y a aucun risque économique⁶⁴. Encore faut-il, selon l'avocat général, acquérir la conviction, avec un degré élevé de probabilité, que la possibilité de pertes est minimale, voire inexistante.

Dès lors, les clauses d'imprévisibilité visant à assurer, en toutes circonstances, que le concessionnaire réalise un bénéfice raisonnable, éventuellement calculé en

60. On espère que le droit communautaire n'ira pas jusqu'à proposer des définitions différentes selon les secteurs dans lesquels ce type d'acte est passé.

61. Les questions d'interprétation sont suffisamment nombreuses pour révéler les difficultés rencontrées par les praticiens: les termes utilisés dans les directives sont de nature à entretenir la confusion. L'affirmation fait fi des problèmes de qualification bien connus dans les ordres juridiques qui distinguent les deux figures juridiques: les critères de distinction restent controversés.

62. Concl. av. gén. FENNELLY, pt 30.

63. *Ibid.*, pts 35 et 36.

64. *Ibid.*, pt 40.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

cours d'exécution de la concession, font-elles basculer celle-ci du côté du marché public? Il était permis de se poser la question avec cette affaire⁶⁵.

Sur le plan des risques, rappelons au demeurant, d'une part, que le paiement d'un prix, déterminé au terme d'un processus de mise en concurrence, ne constitue pas en soi une garantie quelconque, pour l'opérateur, de ne pas essayer des pertes au terme de l'exécution et, d'autre part, que la fixation d'un prix forfaitaire implique déjà la probabilité de perte.

§ 9 – Des services en échange d'un droit d'exploitation: le point de vue de la Commission européenne

La communication interprétative relative aux concessions de services d'utilité publique élaborée par la Commission européenne en date du 12 avril 2000⁶⁶ ne va pas clarifier le débat, tout en permettant de dégager, *a contrario*, la «logique de marché» qu'elle entend défendre.

La pierre initiale sur laquelle repose tout le raisonnement est simple: les actes juridiques, unilatéraux ou contractuels, imputables à l'État qui ont pour objet des prestations économiques sont soumis aux règles et principes des Traités européens.

Une nouvelle fois, la simplicité de l'affirmation est redoutable et entraîne des critiques immédiates. L'articulation des articles relatifs aux libertés fondamentales avec d'autres dispositions du Traité CE (art. 86, 87, 88 et 295) est plus complexe qu'il n'y paraît⁶⁷.

Quoi qu'il en soit, la communication de la Commission européenne est interprétée, par certains⁶⁸, comme soulignant la spécificité des concessions de services d'utilité publique par leur objet. Cet objet serait de transférer, à un tiers, la conception, l'organisation, la mise en œuvre et la gestion de services d'utilité publique, ceux-ci étant des «*services relevant normalement de la responsabilité*» de l'État. Cette «*dévolution*» ne se réalise cependant pas sans que l'autorité concédante ne se réserve des pouvoirs d'autorité, d'encadrement et de contrôle sur l'activité confiée à ce tiers⁶⁹. La définition ressemble à celles reprises dans les manuels de droit

65. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, *op. cit.*, spéc. pp. 104-106.

66. J.O.C.E., C 121 du 29 avril 2000, p. 2 et s.; pour une description de l'historique de l'élaboration de ce texte, voy. A. MATTERA, «La communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation», *op. cit.*, spéc. pp. 259 à 261.

67. *Contra*: A. MATTERA, «La communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation», *op. cit.*, spéc. pp. 259 à 261.

68. *Ibid.*, spéc. p. 270.

69. Souligné par A MATTERA, *loc. cit.*

ANN LAWRENCE DURVIAUX

administratif français et belge, à la nuance près que les termes utilisés sont un peu différents et méritent de ce fait d'être examinés plus attentivement.

La méthode utilisée par la Commission européenne dans sa communication interprétative consiste à s'appuyer sur la définition des concessions de travaux publics, pour en déduire une définition de la concession de services en arguant de «*l'opinio juris*», soit des conclusions d'avocats généraux rendues dans le cadre d'affaires déjà citées.

Après avoir déduit cette définition, qui met l'accent sur le transfert des «*risques économiques*» liés à l'exploitation, dont la spécificité semble être recherchée dans le «*risque financier*», soit le risque du montage financier, qui serait lui-même lié notamment à un «*risque de fréquentation*», la Commission européenne va déduire, essentiellement de la jurisprudence rendue par la Cour de justice en matière de marchés publics, le régime juridique relatif à l'octroi des concessions de services, en leur appliquant des principes qui avaient été déduits, non pas du Traité CE, mais des directives relatives aux marchés publics communautaires⁷⁰.

La communication interprétative réaffirme la pertinence du critère du transfert du «*risque d'exploitation*». Un marché de services peut avoir pour objet des prestations économiques qui font habituellement l'objet de concessions, comme la collecte de déchets ménagers, le transport scolaire, mais ce qui les distingue, c'est le «*transfert du risque d'exploitation*»⁷¹ dans la figure de la concession.

Certains⁷² ont cru pouvoir estimer que cela n'énervait en rien la possibilité d'introduire dans cette relation contractuelle le «*principe de l'équilibre économique*», en reprenant, par exemple, ce qui relèverait d'une «*clause d'imprévision*», connue en droit international des opérations de constructions et en droit des contrats dans de nombreux États membres. Cela impliquerait la possibilité, sans dénaturer la concession, d'une intervention du pouvoir public en faveur du concessionnaire, en vue d'aider ce dernier à surmonter des situations exceptionnelles, imprévisibles (au

70. Cette technique a été vivement critiquée par la doctrine, not. par P. BRAUN, «A Matter of Principle(s) – The Treatment of Contracts Falling Outside the Scope of the European Public Procurement Directives», *P.P.L.R.*, 2000, pp. 39-48; S. ARROWSMITH, «Procurement I: the Legal Framework», in *Public Private Partnership & PFI (2000)*; pour une opinion contraire, faiblement argumentée cependant en ce qu'elle tend à déduire, de toute règle, un principe d'égalité de traitement, ce qui revient à confondre ce dernier et le caractère forcément général de toute règle qui suppose ... une application générale voy. M. KRUGER, «The Principles of Equal treatment and Transparency and the Commission Interpretative Communication on Concessions», *P.P.L.R.*, 2003, pp. 181-207.

71. On retrouve le vocabulaire utilisé par les avocats généraux A. LA PERGOLA dans ses concl. précédant C.J.C.E., 10 novembre 1998, *BFI Holding*, aff. C-360/98, *op. cit.*, et N. FENELLY, dans ses concl. précédant C.J.C.E., 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-327/98, *op. cit.*

72. A. MATTERA, «La communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation», *op. cit.*

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

moment de la stipulation du contrat)⁷³. Tel ne semble plus être le dernier état de l'interprétation de la Cour de justice⁷⁴.

La concession aurait pour deuxième caractéristique de confier à un tiers des services qui relèvent de la responsabilité de l'État. La communication interprétative aurait gagné en cohérence en se référant à des expressions généralement reçues en droit communautaire, comme celles de «*services économiques d'intérêt général*» de l'article 86 du Traité CE ou de «*service d'intérêt général*»⁷⁵. En effet, en précisant que les services qui relèvent de la responsabilité de l'État seraient «*toutes prestations économiques relevant des prérogatives qui sont propres à la puissance publique*», la communication interprétative ajoute un élément d'indétermination à un concept qui n'en manquait pas.

Monsieur MATTERA considère que la notion de «*services relevant de la responsabilité de l'État*» serait plus large que les notions de «*services d'intérêt général*», de «*services d'intérêt économique général*», de «*service public*» et «*de service universel*», car elle recouvrirait «*toute intervention de l'État visant à fournir des prestations d'activités en faveur de la collectivité, prestations que les États fournissent normalement eux-mêmes et qui rentrent dans le cadre des missions d'utilité publique qu'ils sont tenus d'accomplir*»⁷⁶. Il entend distinguer ces services d'une «*fonction publique*» qui relèverait «*d'un droit exorbitant du droit commun*». Sans doute fait-il référence à des activités de puissance publique, évoquées dans la communication sur les concessions comme limites aux principes posés.

§ 10 – Des services en échange d'un droit d'exploitation: les nouvelles modalités du principe de l'exclusion

La directive 2004/18/CE entendait clarifier partiellement le débat. Elle énonce une définition de la concession de services communautaire et l'exclut de manière explicite du champ d'application du droit communautaire des marchés publics.

En effet, l'article 1^{er}, § 4, de la directive définit la concession de services comme «*un contrat qui présente les mêmes caractéristiques qu'un marché public de service, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un*

73. Pour mémoire, pareille clause existe en droit belge de l'exécution des marchés publics sous l'art. 16 du CGC.

74. *Infra*, point 11.

75. Voy. not. la communication interprétative du 11 septembre 1996, COM(96) 443 final.

76. «*La communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions de services d'utilité publique: un instrument de transparence et de libéralisation*», *op. cit.*, spéc. p. 272.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

prix». L'article 17 de cette même directive exclut les concessions de services de son champ d'application⁷⁷.

Reste à interpréter l'absence, dans la définition, de la mention du critère du «*transfert du risque d'exploitation*». Si la volonté est de l'abandonner, la manière est peu explicite car, compte tenu de l'existence de la communication interprétative sur les concessions communautaires, l'interprète pourrait considérer que le critère est implicite et lié à la forme particulière que peut revêtir la contrepartie, à savoir le «*droit d'exploiter*».

Mais le problème est ailleurs, la concession de services étant devenue une notion communautaire, elle est censée recevoir une interprétation autonome qu'il nous reste maintenant à entrevoir à l'aune d'une précision issue d'une affaire récente.

§ 11 – *Fin de l'histoire: la concession de service public n'est plus ce qu'elle était...*

La notion communautaire de concession de service est réduite à peau de chagrin.

La collecte et le traitement des déchets est une activité d'intérêt général dans la quasi-totalité des Etats membres. L'essentiel de la politique en matière de déchet est d'ailleurs aujourd'hui décidé par les instances européennes: principe du pollueur payeur, de la collecte sélective, de la diminution progressive des déchets mis en décharge donnant une impulsion décisive à l'industrie du traitement et de la valorisation des déchets, notamment en énergie.

La qualification de certaines conventions conclues entre diverses communes de Sicile et opérateurs économiques a été discutée devant la Cour⁷⁸.

La Commission soutenait que les conventions litigieuses constituaient des marchés publics de services au sens de l'article 1^{er} de la directive 92/50 et qu'elles n'avaient pas été conclues dans le respect des exigences de publicité découlant de cette directive⁷⁹.

77. Sous réserve de son art. 3, qui dispose que lorsqu'un pouvoir adjudicateur octroie, à une entité autre qu'un pouvoir adjudicateur, des droits exclusifs ou spéciaux d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que cette entité doit, uniquement pour les marchés de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité.

78. C.J.C.E., 18 juillet 2007, *Commission européenne c/République italienne*, C-382/05

79. L'avis n'avait pas été publié au Journal officiel des Communautés européennes au moyen du formulaire d'avis de marché imposé à l'annexe III de cette directive en vue de l'attribution de marchés publics, mais en faisant usage du formulaire dit «de préinformation», alors que les opérateurs nationaux avaient bénéficié d'un avis de marché détaillé publié dans la *Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana*.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DROIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

Selon la Commission, la qualification de concession de service était exclue car la rémunération des opérateurs ne consistait pas dans un droit pour ceux-ci d'exploiter leur propre prestation en percevant des recettes auprès de l'utilisateur tout en assumant tous les risques liés à cette exploitation.

La Commission considérait d'une part, que la rémunération tenait en l'occurrence dans une redevance directement versée par le pouvoir adjudicateur, redevance dont le montant était fixé par les conventions litigieuses en euros par tonne de déchets transférée par les communes à l'opérateur. Selon la Commission, les revenus que l'opérateur serait en mesure de tirer de la vente d'énergie électrique produite à l'occasion du traitement thermique des déchets ne constituaient pas un élément de la rémunération de cet opérateur. D'autre part, «l'opérateur ne supporterait pas le risque lié à l'exploitation dès lors, notamment, que les conventions litigieuses lui garantissent le transfert d'une quantité annuelle minimale de déchets tout en prévoyant l'adaptation annuelle du montant de la redevance en vue de tenir compte de l'évolution des coûts qu'il supporte»⁸⁰. En outre, ces conventions prévoyaient une adaptation de ladite redevance dans l'hypothèse où la quantité annuelle effective de déchets transférée était inférieure à 95 % ou supérieure à 115 % de la quantité minimale garantie, cela afin de garantir l'équilibre économique et financier de l'opérateur.

À l'opposé de cette thèse, le gouvernement italien avançait cinq arguments pour soutenir la qualification de concession de services⁸¹. Premièrement, les conventions auraient pour objet la délégation d'un service d'intérêt général dont l'opérateur a l'obligation d'assurer la continuité. Deuxièmement, «les services en cause seraient fournis directement aux utilisateurs, (...) la collectivité des habitants des communes produisant les déchets, lesquels, devant s'acquitter auprès des communes d'une taxe couvrant tant l'enlèvement que le traitement des déchets, supporteraient *in fine* le coût de la redevance versée à l'opérateur et rémunéreraient donc ces services». Troisièmement, «l'obligation de traiter les déchets avec production d'énergie et, partant, la vente de cette dernière relèveraient bien de l'objet des conventions litigieuses». La rémunération d'une concession peut en effet, provenir du prix payé par l'utilisateur, mais également d'autres activités connexes au service fourni. Quatrièmement, la durée de la convention (20 ans) et le montant des investissements consentis (un milliard d'€) rendaient les profits à réaliser par l'opérateur nécessairement aléatoire, d'autant qu'une partie de ceux-ci proviennent de la vente d'énergie (marché fluctuant). Enfin, la responsabilité de l'organisation et de la gestion des services ainsi délégués relèverait exclusivement de l'opérateur, l'administration se limitant à un simple rôle de surveillance.

Rappelant que les concessions de services sont exclues du champ d'application du droit dérivé et que la notion de marché public fait l'objet d'une interprétation auto-

80. Point 21.

81. Points 23 à 25.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

nome en droit communautaire⁸², la Cour de justice en déduit que la notion de concession doit recevoir également une interprétation autonome en droit communautaire.

La Cour considère que la contrepartie le paiement d'une redevance dont le montant est fixé en euros par tonne de déchets transférées par les communes est celle requise par le droit dérivé pour la qualification de marchés public.

Après avoir rappelé que la concession de services implique que le mode de rémunération tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation, le concessionnaire devant prendre en charge le risque lié à l'exploitation des services en question⁸³, la Cour considère que le mode de rémunération prévu par les conventions litigieuses ne tient pas dans le droit d'exploiter les services en cause et n'implique pas une prise en charge par l'opérateur du risque lié à l'exploitation.

Elle justifie cette interprétation par les considérations suivantes.

D'une part, l'essentiel de la rémunération tiendrait dans la redevance fixe par tonne de déchets alors que toutes les communes concernées sont obligées de transférer l'intégralité de leur fraction résiduelle de déchets à l'opérateur, une quantité annuelle minimale de déchets étant garantie.

D'autre part, lesdites conventions prévoient «l'adaptation du montant de la redevance dans l'hypothèse où la quantité annuelle effective de déchets transférés est inférieure à 95% ou supérieure à 115% de cette quantité minimale garantie, cela afin de garantir l'équilibre financier et économique de l'opérateur. Elles prévoient de même que le montant de la redevance fait l'objet d'une revalorisation annuelle qui est fonction de l'évolution des coûts relatifs au personnel, aux matières consommables et aux travaux de maintenance, ainsi que d'un indicateur financier. Ces mêmes conventions prévoient en outre une renégociation de la redevance lorsque, en raison d'une modification du cadre législatif, l'opérateur doit faire face, en vue d'une mise en conformité, à des investissements excédant un certain niveau»⁸⁴.

Dans ces circonstances, l'absence de risque qui semble acquise pour la Cour de justice induit la qualification de marché public de service. Elle considère donc de manière explicite que ni les recettes accessoires provenant de tiers en contrepartie de sa prestation de services⁸⁵, ni la durée des conventions⁸⁶, ni le caractère général de l'activité de traitement des déchets⁸⁷, et enfin, ni l'autonomie d'exécution du prestataire, ne sont susceptibles de venir élever la qualification de marché public de service.

82. Points 29 et 30.

83. Voy., C.J.C.E, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 58, et ordonnance du 30 mai 2002, *Buchhändler Vereinigung*, C-358/00, Rec. p. I-4685, points 27 et 28, ainsi que l'arrêt *Parking Brixen*, précité, point 40).

84. Point 36

85. Faisant une analogie avec le point 45 de l'arrêt *Jean Auroux*, cité *infra*.

86. Point 42.

87. Figurant d'ailleurs dans l'annexe IA de la directive 92/50/CE.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

Compte tenu du caractère très répandu des clauses d'imprévision aux modalités diverses dans les contrats de concession (de travaux et de services), inhérentes à de tels contrats de longue durée nécessairement affectés de nombreux aléas, il est permis de s'interroger sur la pertinence de cette jurisprudence.

La plupart des concessions de services, telles qu'elles sont pratiquées dans de nombreux Etats membres sont, devenues, l'air de rien, des marchés publics communautaires.

Section 2

Le(s) sujet(s): la maison, le jardin et les voisins

§ 12 – *La personne qui commande les prestations*

La personne qui commande les prestations économiques qui forment l'objet du contrat doit être un pouvoir public ou une entité assimilée, question classique en droit administratif. L'interprétation fonctionnelle extensive du droit communautaire laissait augurer que les notions de pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice allaient recevoir une extension maximale.

L'entité créée pour satisfaire un besoin d'intérêt général, qui présente un caractère industriel et commercial semblait devoir échapper au droit dérivé des marchés publics, en dépit de la maîtrise publique résultant de la propriété, du contrôle de gestion ou de la désignation des personnes dirigeantes, ou du financement majoritaire.

Tel ne fut pas son destin, une fois que la Cour de justice eut précisé tous les éléments de la définition, conformément à la technique de l'interprétation fonctionnelle et autonome⁸⁸.

La «logique de marché» intégrée à la méthode du faisceau d'indices d'identification a permis à la Cour de modifier la portée de l'exception introduite dans le droit dérivé. La volonté était clairement d'exclure les entreprises publiques de son champ d'application, la Cour de justice en décortiquant la notion de besoin d'intérêt général ayant un caractère industriel et commercial va la diluer jusqu'à mettre en doute son existence. Sans surprise d'une certaine manière, la discipline économique lorsqu'elle analyse et décrit le fonctionnement d'une économie de marché, repose en effet, sur des postulats absents de la réalité comme celui de la production entièrement privée des biens et des services.

88. Voy. sur les détails de cette jurisprudence, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., spéc., pp. 131-164.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

A. BROWN a proposé, dans un commentaire de l'arrêt relatif à la *Foire de Milan*⁸⁹, une «*checklist*», qui fut ensuite complétée par M. DISCHENDORFER⁹⁰, censée permettre de qualifier, sur base de la jurisprudence de la Cour de justice, l'entité créée pour satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

Selon ces auteurs, l'exercice de qualification suppose un exercice en trois étapes.

La première étape suppose l'identification d'un besoin d'intérêt général. Quelques questions peuvent utilement guider l'analyse. Le besoin est-il rencontré par l'offre de biens et de services dans une économie de marché? L'État choisit-il de s'occuper habituellement de satisfaire pareil besoin? Une autorité régionale ou locale est-elle légalement obligée de prendre en charge ou rencontrer d'une autre manière ce besoin? Une autorité régionale ou locale est-elle obligée de prendre en charge le coût dans certaines circonstances?

La deuxième étape suppose de préciser si le besoin d'intérêt général présente un caractère industriel ou commercial. D'autres questions sont utiles pour l'analyse. L'activité est-elle réservée à une entité déterminée? L'exercice de l'activité est-il limité à des restrictions territoriales? L'exercice de l'activité est-il subordonné à l'octroi d'une autorisation? L'entité exploite-t-elle l'activité dans un but de lucre? Ses statuts prévoient-ils une recherche d'efficacité ou de rentabilité? L'entité supporte-t-elle le risque économique de ses activités ou existe-t-il un mécanisme qui prévoit que les pertes sont prises en charge par l'État, par exemple? Les entités publiques locales ou régionales ont-elles le pouvoir de déterminer des prix maxima? L'entité opère-t-elle dans un environnement concurrentiel? Offre-t-elle des services et recherche-t-elle des consommateurs? Est-elle en concurrence avec des entités privées?

La troisième étape de l'analyse suppose une analyse de la «*supervision*» du management. Les questions suivantes pourront être utilement posées. Les pouvoirs de contrôle de l'entité sont-ils limités? Excèdent-ils le contrôle des comptes et de la légalité? Le contrôle est-il permanent? Les autorités de contrôle peuvent-elles imposer ou influencer les décisions de la direction de l'entité? L'entité subit-elle un contrôle direct résultant de la propriété? L'entité est-elle soumise à un contrôle indirect par une autorité qui n'est pas propriétaire ou n'est pas l'actionnaire principal, et l'autorité de contrôle peut-elle examiner les comptes annuels de l'entité et exercer un contrôle de gestion pour mesurer l'efficacité et la régularité des dépenses? L'autorité de contrôle peut-elle examiner les locaux de l'entité et reporter le résultat de ces contrôles aux propriétaires, aux actionnaires et à l'autorité publique?

89. «Whether a Publicly Owned Property Developer is a 'Contracting Authorities': a Note on Case C-18/01, *Arkkitehtuuritoimisti Riita Korhoner Oy e.a. contre Varkeuden Taitotalo Oy*», *P.P.L.R.*, 2002, NA 139 et s.

90. «The definition of 'Meetings Needs in the General Interest' and 'Management Supervision' within the Meaning of the E.C. Procurement Directives, Case C-373/00, *Adolf Truley GmbH v Bestattung Wien GmbH*», *P.P.L.R.*, 2003, NA 123 et s.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

La formalisation de trois étapes du raisonnement ne doit cependant pas minimiser la difficulté de le conduire et de le conclure. Les États membres examinent attentivement cette définition pour la traduire dans leurs droits nationaux de manière pertinente⁹¹.

En effet, à partir de quel nombre de réponses positives peut-on conclure dans un cas d'espèce que telle entité est ou non visée par cette nouvelle définition? Comment concilier cette approche indiciaire avec le souci de sécurité juridique pourtant considéré comme un standard de droit communautaire? Était-elle indispensable? Ne met-elle pas avant tout à jour la faiblesse du texte du droit dérivé?

En abandonnant partiellement et de manière ambiguë un critère organique classique dans le champ d'application personnel, au bénéfice d'un critère matériel qui suppose l'analyse du besoin pris en charge par l'entité, le droit communautaire dérivé est-il parvenu à dépasser les difficultés inhérentes à pareille démarche? Toutes les conséquences ont-elles été tirées?

Plus fondamentalement, cette jurisprudence tient-elle compte des modalités de l'interventionnisme public dans les différents États membres?

L'abandon du critère organique classique (création par un pouvoir public) et la nécessité d'analyser la nature du besoin qui a justifié la création d'une entité, ou la nature particulière du besoin pris en charge par l'entité postérieurement à sa création, suscitent de nombreuses difficultés. Au-delà de l'énoncé systématique proposé par la doctrine qui s'est penchée sur cette jurisprudence, il est frappant de constater la difficulté de se détacher, dans l'analyse concrète, du critère organique classique⁹².

En effet, le besoin de caractère général est nécessairement toujours démontré lorsque l'entité est créée par une autorité publique. Sans surprise, puisque l'intérêt général constitue la justification ultime ou minimale de toute intervention publique. Que cet intérêt général ait ou non une portée autonome en droit communautaire ne peut amener les interprètes autorisés de celui-ci à réinventer la roue. Dans les faits, la difficulté surgit dès qu'il s'agit de savoir si le besoin d'intérêt général a ou non un caractère d'intérêt commercial ou industriel. L'analyse suppose de considérer la nature des activités accomplies pour remplir le besoin d'intérêt général, afin d'isoler des besoins qui ont un caractère industriel ou commercial.

91. M. WESCHKA, «La notion d'Einrichtung des öffentlichen rechts», *A.C.C.P.*, 2003, n° 25, pp. 45-49; M. CUCHILLO FOIX et M. MATEO, «La notion d'Organismo de derecho publico», *A.C.C.P.*, 2003, n° 25, pp. 49-54; E. KOUTOUPA-RENGAKOS, «La notion de pouvoir adjudicateur et d'organisme de droit public (en Grèce)», *A.C.C.P.*, 2003, n° 25, pp. 54-56; D. SORACE et A. TORRICELLI, «La notion d'organismo di diritto publico», *A.C.C.P.*, 2003, n° 25, pp. 57-63.

92. Dans le même sens, L. RICHER, «Quelques précisions sur la notion de pouvoir adjudicateur. Une entité qui a pour objet d'organiser des foires et des expositions n'est pas un 'organisme de droit public'», *op. cit.*, pp. 46-47, qui souligne que la prégnance du critère organique était plus respectueux de la tradition des États membres.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

L'idée qui sous-tend l'analyse de la Cour de justice est, sans surprise, «*le marché*»⁹³. Elle estime que certaines activités échappent à la «*logique de marché*». Dans l'analyse de la Cour, les activités rétives à cette logique sont celles qui ne peuvent ni être soumises à un critère de rentabilité, ni être prestées dans un but lucratif, et celles qui ne sont pas accomplies sur base des principes inhérents à une gestion commerciale «*pure*». *A priori*, l'identification de pareille activité est délicate. Par contre, il est plus évident de cerner les activités rétives à des investissements privés, en raison de la trop faible perspective de gain. Enfin, le «*marché*» peut être défaillant pour d'autres raisons encore⁹⁴.

Le critère organique de la création par un pouvoir public suffisait amplement à décrire ce phénomène. En effet, quel «*investisseur privé*» se lancerait dans une vaste entreprise dans laquelle il placerait tout son patrimoine sans espoir de gain? L'intervention des pouvoirs publics en tant que prestataires de services ne vise-t-elle pas, *de facto*, à pallier aux «*défaillances des marchés*» ou à l'inadéquation de ceux-ci pour certaines activités? Autre est la question de savoir si cette intervention est efficace ou souhaitée.

Si le caractère industriel ou commercial d'un besoin suppose une référence à une «*logique de marché pure*», il est curieux de relier celui-ci à la catégorie principale (besoin d'intérêt général) dont il est une sous-catégorie⁹⁵. Par contre, il est évident que le besoin d'intérêt pris en charge peut impliquer l'accomplissement d'activités de type industriel ou commercial.

Enfin, dans le système d'analyse appliqué par la Cour de justice, la *dépendance économique* à la structure de l'État semble déterminante dans l'appréciation de la nature du besoin. Même si la Cour de justice a évacué la question, l'interprétation de l'expression reste difficilement conciliable avec la notion d'entreprise publique reçue en droit communautaire général et dans le droit dérivé des marchés publics. En effet, la définition d'une entreprise publique implique la possibilité de poursuivre une activité économique (parfois industrielle et commerciale) en dépit de sa dépendance à la structure de l'État.

Lorsqu'il se combine avec la technique d'interprétation dite fonctionnelle, pour le moins créative, l'abandon partiel d'un critère organique classique (création par un pouvoir public) a d'autres conséquences. La Cour de justice considère ainsi que le motif de la création des entités importe finalement peu, le besoin d'intérêt général dépourvu de caractère industriel ou commercial ayant pu être confié ultérieure-

93. *Cf.*, par analogie, la notion d'investisseur privé en matière d'aides d'État.

94. *Voy.*, A.L. DURVIAUX, *op. cit.*, spéc. titre II, chap. 1.

95. Il ne nous semble pas qu'il puisse être tiré des enseignements contraires de l'affaire *de la Foire de Milan* (C.J.C.E., 10 mai 2001, aff. C-223/99 et C-260/99), en raison du caractère sommaire de l'argumentation de la Cour de justice. En outre, en droit italien, nous avons précisé que la recherche d'un but de lucre dans le chef des pouvoirs publics est généralement admise.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

ment et par contrat à l'entité, qui se trouve ainsi, le temps de son exécution, pouvoir adjudicateur au sens du droit dérivé des marchés publics⁹⁶.

Dès lors, des entités privées, liées contractuellement à des pouvoirs adjudicateurs publics, sont susceptibles de rentrer dans le champ d'application du droit dérivé des marchés publics en raison de ces liens. Sous l'angle théorique, cette conséquence⁹⁷ suscite une difficulté évidente. Le droit communautaire reconnaît, nous l'avons précisé ci-avant, à tout le moins deux catégories principales de contrats publics: les marchés publics et les concessions communautaires. Les marchés et les concessions peuvent charger temporairement une entité privée d'une activité d'intérêt général en prévoyant un système de rémunération et de contrôle qui lui ôte un caractère industriel et commercial. Lorsque le contrat est une concession de travaux, un problème de cohérence surgit. En effet, le droit dérivé des marchés publics impose au concessionnaire de travaux des obligations limitées de publicité pour la passation de ses propres marchés de sous-traitance⁹⁸. Comment combiner cette solution particulière avec le système d'analyse suivi par la Cour de justice, susceptible de transformer un concessionnaire de travaux en une entité créée pour satisfaire un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, telle que cette notion est interprétée par la Cour de justice?

Ces difficultés illustrent la nécessité d'être plus précis sur les caractéristiques du financement qui est susceptible d'induire une dépendance financière vis-à-vis d'un pouvoir adjudicateur. L'interprétation «*créative*» par la Cour de justice du «*caractère onéreux*» du contrat minimise l'importance des distinctions entre un prix, des recettes, du chiffre d'affaires ou une composition du capital. Or, sous l'angle juridique, il semble impossible de sortir de la nécessité de maintenir ces distinctions sans tomber dans la situation dénoncée ci-avant.

Les précisions énoncées ci-avant, deviennent encore plus incohérentes lorsqu'elles sont confrontées à la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'autre «sujet», celui qui exécute les prestations.

96. S. ARROWSMITH, «The entity Coverage of the E.C. Procurement Directives and UK Regulations: A Review», *P.P.L.R.*, 2004, pp. 59-86; l'auteur souligne, premièrement, la difficulté de concrétiser la notion et, deuxièmement, que des sociétés créées par des particuliers pouvaient être visées par le droit dérivé des marchés publics lorsque, ultérieurement, un élément permettant de conclure à la dépendance vis-à-vis des pouvoirs publics, était présent.

97. Ainsi, dans l'affaire *EBS* (commentée par M. DISCHENDORFER, «The EBS Case: Definition of a 'Body Governed By Public Law', Limitation Periods, and Publicity requirements for Scoring Methods», *P.P.L.R.*, 2003, NA 34-40), la société était publique, mais le raisonnement tenu par la Cour de justice n'y accorde aucune importance particulière.

98. Pour mémoire, seules des mesures de publicité sont prévues (chap. III de la Dir. 2004/18/CE).

ANN LAWRENCE DURVIAUX

§ 13 – *La personne qui exécute les prestations*

Le paramètre personnel (ou critère organique) comporte un second volet, le prestataire, censé exécuter la prestation objet de l'acte ou la relation juridique consensuelle. À l'occasion de son interprétation, la Cour de justice révèle une nouvelle dimension du droit dérivé des marchés publics, la plus contestée par les États membres soucieux de se préserver une faculté d'intervention directe dans la vie économique et sociale, et la plus délicate à circonscrire dans ses implications pratiques.

Divers enseignements ressortent de la jurisprudence de la Cour de justice. Premièrement, les pouvoirs adjudicateurs, ou plus simplement les structures «*publiques*», doivent être considérés comme des «*prestataires*» au sens des directives. La cohérence du champ d'application est menacée. En effet, la qualité de prestataire reconnue à certaines entités publiques implique qu'elles exercent une activité économique, en dépit du soin pris par la Cour de justice pour démontrer qu'il ne pouvait en être ainsi lorsqu'il s'agissait de préciser la nature des besoins qui présidaient à la création de certaines entités sous maîtrise publique. La Cour de justice prend cette position sans examiner l'hypothèse réservée par le droit communautaire dérivé «*du pouvoir adjudicateur bénéficiant de droits exclusifs ou spéciaux*». Ce faisant, elle affirme, en outre, le principe d'égalité de traitement entre les structures ou institutions publiques et privées, candidates ou soumissionnaires dans le cadre d'une procédure de passation de marché public.

Enfin, la qualité de prestataire, telle que précisée par la Cour de justice, s'écarte résolument de toute considération liée à une fonction juridique précise dans le cadre d'une transaction.

Plus fondamentalement, l'interprétation du critère organique par la Cour de justice met en lumière une nouvelle dimension du droit dérivé des marchés publics. Ce dernier est devenu un outil de privatisation *en creux* d'une discrétion inédite, redoutable tant il est délicat à circonscrire dans ses implications pratiques.

§ 14 – *Le principe de l'assimilation entre le prestataire public et le prestataire privé*

Désormais, le principe de l'application du droit dérivé des marchés publics aux relations (consensuelles ou contractuelles) qui se nouent entre des pouvoirs adjudicateurs est acquis.

La solution n'était pas évidente. Les directives 92/50/CEE, 93/37/CEE et 93/38/CEE n'abordaient pas cette question de manière uniforme⁹⁹. Sous l'angle conceptuel, l'assimilation n'allait pas de soi. Il n'était pas sot de considérer que l'appel au

99. La Dir. 2004/18/CE a maintenu des régimes juridiques distincts sur cette question dans son art. 18 relatif aux marchés de services attribués sur la base d'un droit exclusif.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

«marché» était limité aux prestations spontanément produites par le marché (et dès lors par des opérateurs économiques privés)¹⁰⁰. Au demeurant, la question touche principalement à la liberté d'organisation administrative interne, qui aurait pu être considérée comme une prérogative de puissance publique échappant à la logique du «marché»¹⁰¹. Enfin, la conclusion d'un «accord» entre deux parties publiques est parfois l'exécution d'une disposition légale ou réglementaire ou d'une décision unilatérale prise par des organes démocratiquement élus, situations qui semblaient exclues du champ d'application du droit dérivé des marchés publics¹⁰². Il eut été parfaitement concevable que la question fut abordée sur le terrain des droits exclusifs de l'article 86 du Traité CE¹⁰³, comme le laissait d'ailleurs supposer le 8^{ème} considérant de la directive 92/50/CEE. Au demeurant, les instances communautaires semblent hésitantes sur le sujet. À ce stade, les conditions auxquelles doit répondre une *réorganisation administrative*¹⁰⁴ pour être conforme au droit communautaire et au droit dérivé des marchés publics ne sont pas énoncées clairement.

Dans une première affaire, la Cour de justice a été saisie des faits suivants. Le conseil municipal de Viano avait confié à l'AGAC, un groupement de communes italiennes jouissant de la personnalité juridique et dotée d'une autonomie de gestion, qui avait pour mission de gérer les services de l'énergie et de l'environnement¹⁰⁵, la gestion du service de chauffage de certains bâtiments communaux sans organiser aucune procédure d'appel d'offres. TECKAL, une entreprise privée active dans le domaine des services de chauffage, a attaqué cette décision devant le «*Tribunale amministrativo regionale*», en faisant valoir que la commune aurait dû organiser des procédures de passation.

100. Ne peut-on voir l'expression de cette tradition dans les propos de l'av. gén. LA PERGOLA, qui, dans ses concl. précédant l'arrêt *BFI* (*op. cit.*), précisait que «selon moi, il n'y a pas lieu de s'étendre davantage sur le fait qu'une autorité publique est libre de l'organisation de sa structure, de manière à ce qu'elle puisse mieux répondre aux besoins du public. Le choix d'un modèle d'organisation par un service public ne signifie donc pas que l'on doive appliquer des dispositions qui doivent régler une toute autre situation bien déterminée, à savoir la fourniture d'un service par un particulier à une institution publique contre rémunération» (souligné égal. par D. D'HOOGE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private Samenwerking*, Bruges, Die Keure, 2002, spéc. n° 67, p. 45).

101. Pour plus de développements, voy. not. A.L. DURVIAUX et N. THIRION, «Les modes de gestion des services publics locaux et le droit communautaire», *J.T.*, 2004, pp 17-27. L'art. 295 (ex-art. 222), prévoyant la neutralité vis-à-vis du régime de propriété publique ou privée, et l'art. 86, § 2 (ex-art. 90) du Traité CE semblaient au demeurant impliquer quelques nuances dans le traitement de ce délicat problème.

102. A.L. DURVIAUX et N. THIRION, *op. cit.*, spéc. pp. 24-27.

103. Voie empruntée par la Cour de justice dans son arrêt du 25 janvier 2001, *Glöecker*, aff. C-475/99, souligné par D. KELESIDIS, «Droit de la concurrence et politique de santé: des prestations sociales aux achats publics», comment. sous C.J.C.E., 16 mars 2004, *AOK-Bundesverband et a.*, aff. jtes C-355/01, *A.C.C.P.*, 2004, n° 39, pp. 58-62.

104. L'expression est choisie pour indiquer qu'il y aurait des actes qui ne sont pas couverts par le concept de marché public.

105. Au sens de l'art. 25 de la loi n° 142/90 du 8 juin 1990, portant organisation des autonomies locales.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

La juridiction de renvoi s'était interrogée sur l'application des directives 92/50/CEE ou 93/36/CEE, et plus particulièrement sur l'applicabilité de l'article 6 de la directive 92/50/CEE¹⁰⁶, en raison de la mixité des missions confiées à l'AGAC. La Cour de justice va écarter l'application de la directive 92/50/CEE au motif que la valeur des produits était supérieure à celle des services. Or, la directive 93/36/CEE ne contient pas de disposition analogue à l'article 6 de la directive 92/50/CEE.

Après avoir qualifié l'AGAC de pouvoir adjudicateur, la Cour de justice décide qu'il suffit, *«en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière»* pour entraîner la qualification de marché public.

§ 15 – La maison

Dans cette même affaire, la Cour précise qu'il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où *«à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent»*.

Elle conclut à l'application du droit dérivé lorsqu'un pouvoir adjudicateur, telle une collectivité territoriale, envisage de conclure par écrit, avec une entité distincte de lui au plan formel et autonome par rapport à lui au plan décisionnel, un contrat à titre onéreux ayant pour objet la fourniture de produits, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non¹⁰⁷.

La Cour de justice a réservé une voie étroite pour les relations entre pouvoirs adjudicateurs ayant une personnalité juridique distincte, mais dans des termes qui laissent perplexes: la relation «in house» (ou maison) n'est pas décrite avec suffisamment de précisions.

Plus fondamentalement et à nouveau, sous couvert d'une certaine «logique de marché», d'une part, la Cour de justice prend une position de principe en s'écartant des textes. D'autre part, les principes de droit administratif généralement reçus dans certains États membres et les modes de gestion des services publics habituellement utilisés par les pouvoirs publics méritaient, sans doute, plus d'égards.

Comment interpréter cette exigence de contrôle *«analogue à celui ...»* qui permet de réserver une relation entre pouvoirs adjudicateurs hors réglementation *«marché publics»*?

106. La Dir. 92/50/CEE dispose, en son art. 6, qu'elle ne s'applique pas *«aux marchés de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er} point b) sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité»*.

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

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

La solution *TECKAL* implique en effet la coexistence, d'une part, de l'octroi de la personnalité juridique et, d'autre part, d'un contrôle, qui peut faire penser à un contrôle de «*type hiérarchique*» ou de «*tutelle*». Or, l'octroi de la personnalité juridique s'accompagne, la plupart du temps, de la volonté de réserver une autonomie plus grande à l'entité créée, volonté qui, par définition, implique la mise en place d'un contrôle administratif plus respectueux de l'autonomie de décision et de gestion sur l'entité dotée d'une personnalité juridique.

Les contrôles hiérarchiques et de tutelle font-ils partie de ceux qui permettent de rentrer dans le cadre étroit d'une relation «*in house*»?

Avec le Professeur DÉOM, il nous semble important de préserver le rapport d'analogie, qui ne peut, sous le voile d'un système d'interprétation fonctionnelle, se transformer en un rapport d'identité¹⁰⁸. D'autant plus que le processus d'association implique presque nécessairement que chaque associé ne puisse, à lui seul, contrôler l'entité à laquelle il participe.

Il n'était pas évident d'envisager l'application de la solution *TECKAL* à une association de pouvoirs adjudicateurs avec création de personnalité juridique, soit au travers d'une structure publique, soit au travers d'une structure capitalistique ou associative, et aux relations qui se nouent entre les associés et l'association ou la société.

Les associés faisant appel à l'association, dans le respect de son objet social, sont-ils dans le cadre d'une relation «*in house*» ou d'une relation d'un autre type? La réalisation de l'objet social peut-elle être considérée, *in se*, comme un marché public? Que signifie au juste «*réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent*»? Cette expression limite-t-elle la portée de la théorie de l'«*in house*» à des activités ou services réalisés au bénéfice des associés ou entités créatrices, à l'exclusion des activités et services prestés au bénéfice de tiers?

Est-il raisonnable de remettre en cause de cette manière la légalité de nombreuses institutions publiques, sans autre précision? Faut-il attendre vingt années de jurisprudence pour comprendre les finesses de la théorie de l'«*in house*», à peine ébauchée par la Cour dans ce premier arrêt¹⁰⁹?

Les conséquences de cette jurisprudence sont délicates à anticiper.

108. D. DÉOM, «Quelques réflexions relatives à la liberté d'association appliquées aux communes», *Mouv. comm.*, 2004, pp. 462-470.

109. Les problèmes de preuve sont évidents (voy. l'aff. C-371/05, *Commission européenne c/ République italienne*, *J.O.U.E.*, C 10 du 14 janvier 2006, p. 8; C.J.C.E., 13 janvier 2005, *Commission européenne C/ Royaume d'Espagne*, aff. C-84/03, <http://curia.eu.int>; *J.O.U.E.*, C 82 du 2 avril 2005, p. 2: dans cette dernière affaire, une nouvelle notion est apparue, celle «*d'accord inter-administratif*», qui implique une réorganisation d'entité publique).

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Elle place les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une activité économique dans une situation difficile lorsqu'ils participent à des procédures de passation de marché public, comme l'illustre une seconde affaire rendue sur ce sujet¹¹⁰. Il est de pratique courante de concourir à l'attribution d'un marché public en «*sous-traitant*» certaines prestations à des tiers. Un soumissionnaire, logiquement, noue des contacts avec certains sous-traitants potentiels avant la rédaction de son offre puisque les conditions de celle-ci doivent intégrer l'intervention de tous les tiers, en vue de la parfaite exécution du marché. Ceci est tellement évident que la plupart des pouvoirs adjudicateurs exigent, dès le stade de l'appréciation des capacités techniques, économiques et financières, que l'adjudicataire fournisse des renseignements sur ses sous-traitants. En l'espèce, le nom des sous-traitants devait être communiqué dès la remise de l'offre. Très logiquement donc, la ville de Munich, exploitante de la centrale thermique de Munich-Nord, avait conclu avec une entreprise privée, en abrégé «*RETHMANN*», un contrat par lequel elle s'engageait à lui confier le transport de déchets si la ville obtenait le marché d'élimination des déchets de la région de Donauwald faisant l'objet d'un appel d'offres auquel elle avait répondu.

Ayant été désignée adjudicataire du marché en question, la ville confia le transport à la société «*RETHMANN*» sans organiser de procédure conforme à la directive 92/50/CEE, applicable à l'époque. Une procédure en manquement fut diligentée par la Commission européenne, qui reprochait cette absence de mise en concurrence. Le Gouvernement allemand entendait écarter la qualification de marché public à l'opération litigieuse, pour diverses raisons¹¹¹. D'une part, il considérait que la ville n'était pas un pouvoir adjudicateur en l'espèce, puisque l'exploitation d'une centrale thermique était une activité économique indépendante soumise à la concurrence. D'autre part, compte tenu de la nécessité de communiquer le nom de ses sous-traitants pour justifier de sa capacité technique, la ville ne pouvait pas appliquer le droit des marchés publics. En effet, la concurrence implique que les opérateurs économiques ignorent l'identité des entreprises qui vont remettre une offre. Or, en respectant le droit dérivé, la ville aurait dû révéler son intention de soumissionner.

La Cour de justice a été très peu sensible à ces arguments.

De manière brutale, elle souligne que la ville de Munich est une collectivité territoriale, et donc un pouvoir adjudicateur, et, à ce titre, qu'il importe peu que le marché soit passé pour accomplir sa mission d'intérêt général ou pour d'autres besoins. D'autant que, selon la Cour, lors de l'attribution du contrat de sous-traitance, la ville pouvait se laisser guider par des considérations autres qu'économiques. La Cour estime, en réponse à la deuxième objection, que la ville aurait pu passer une

110. C.J.C.E., 18 novembre 2004, *Commission européenne c/ République d'Autriche*, aff. C-126/03, <http://www.curia.eu>.

111. Notamment l'absence d'utilisation de ressources publiques, argument rejeté par la Cour dans le pt 20 de son arrêt.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

procédure accélérée pour choisir son sous-traitant entre le lancement de l'appel d'offre et le dépôt de son offre, passant manifestement à côté du problème de fond.

Les deux réponses de la Cour de justice ne nous semblent guère convaincantes.

D'une part, la simple circonstance que la ville de Munich participe à une procédure de mise en concurrence organisée dans le cadre de la passation d'un marché public, en compétition donc avec des entreprises privées, est en soi une pression suffisante pour évacuer le risque de choisir un sous-traitant pour des «*raisons non économiques*». Pour être compétitive par rapport à ses concurrents privés, la ville doit nécessairement s'inscrire dans une «*logique de marché*».

D'autre part, la participation à un appel d'offres restreint, même selon une procédure accélérée, a un coût. Il n'est pas certain que les entreprises se précipitent sur cette aubaine aléatoire (éventualité de l'obtention du marché par le pouvoir public). Sous l'angle pratique, l'application du droit dérivé des marchés publics à des rapports juridiques futurs hypothétiques, ne va pas de soi¹¹².

La première application de la jurisprudence *TECKAL* met en évidence le caractère discriminatoire et incohérent du système d'interprétation du droit dérivé des marchés publics.

§ 16 – *Le jardin*¹¹³

La jurisprudence *TECKAL* aura une incidence fondamentale sur les structures d'économies mixtes: les Etats membres les voyaient dans leur maison, la Cour va les relayer dans le jardin avec l'affaire *Ville de Halle*.

Afin de réaliser un traitement préalable, une valorisation et une élimination de ses déchets, la ville de Halle a décidé de confier à une société publique¹¹⁴, en abrégé «*RPL*», la mise en œuvre de la construction de l'installation thermique d'élimination et de valorisation de Lochau. Parallèlement, la ville a ouvert une négociation avec la même société, en vue de lui confier, par contrat, l'évacuation de certains déchets, sans appliquer le droit communautaire dérivé des marchés

112. Et accessoirement prohibé dans certains ordres juridiques qui interdisent la notification avec réserve, certes pour d'autres raisons.

113. C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH et Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, aff. C-26/03, concl. av. gén. Ch. STIX-HACKL présentées 23 septembre 2004, <http://curia.eu.int>; *A.J.D.A.*, 2005, p. 898 et s.; C. DE KONONCK et V. PEPITA, «Inbesteding zonder aanbesteding», *NjW*, 2005, pp. 1082-1089; B. DE WACHET, «Europa en intergemeentelijke samenwerking. Mogen asjeblief samen ook nog iets doen», *Lokaal*, 2005, n° 20, pp. 20-21; B. HESSEL, «Grenzen aan (quasi)-inbesteden of (quasi)-in-house-opdrachten», *S.E.W.*, 2005, pp. 329-333.

114. Le pt 7 des concl. de l'av. gén. décrit les participations de manière détaillée. Relevons que le secteur privé détenait une participation minoritaire de 24,9 % des parts.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

publics. En vue de garantir l'utilisation quantitative de l'installation, la ville de Halle envisageait de conclure avec des collectivités territoriales voisines des conventions, afin que la société «RPL» accomplisse les mêmes tâches pour elles. La ville de Halle prétendait que l'opération était «interne» au sens de la jurisprudence *TECKAL*.

Les opérations ont été attaquées dans leur ensemble en raison d'une violation du droit communautaire dérivé des marchés publics¹¹⁵. L'avocat général va rappeler la jurisprudence *TECKAL*, en insistant sur les buts des directives, «l'ouverture du marché»¹¹⁶ et la «préservation de la concurrence».

L'avocat général propose de distinguer trois cas de figure «de passation de marché quasi interne: passation de marché avec des sociétés propres (sociétés avec une participation de 100% du pouvoir adjudicateur ou d'entités qui lui sont assimilables), des sociétés publiques mixtes (sociétés auxquelles participent plusieurs pouvoirs adjudicateurs) et des sociétés d'économie mixte (sociétés auxquelles participent également de véritables personnes privées)».

La présente affaire concerne donc une «société d'économie mixte», soit une société avec participation majoritaire (indirecte) d'un pouvoir adjudicateur et participation d'un tiers n'ayant pas le statut de pouvoir adjudicateur. L'avocat général va analyser la condition de «contrôle analogue», d'une part, en insistant sur le fait que le rapport d'analogie suppose que le contrôle soit comparable et non identique, et, d'autre part, en l'appliquant à une société. Il insiste sur la nécessité d'examiner l'aménagement concret de la situation, en admettant que l'exception tirée de la jurisprudence *TECKAL* doit pouvoir s'appliquer même en cas de participation privée minoritaire dans la société. Le juge national doit se baser sur les droits de contrôle de l'entité, et non pas seulement sur le contrôle de certaines décisions. Le contrôle doit être complet et non limité à des décisions stratégiques.

La deuxième condition de l'«in house», autrement dit l'accomplissement de l'essentiel de l'activité avec le détenteur des participations, doit, selon l'avocat général, être appréciée en tenant compte non seulement des titulaires de participations directes, mais également des propriétaires indirects, en l'espèce la société «arrière-grand-mère», réserve faite, cependant, des prestations à des tiers que l'associé aurait sinon dû fournir lui-même¹¹⁷.

115. L'avocat général va considérer que la protection juridictionnelle organisée par le droit dérivé des marchés publics est applicable dans le cas d'espèce, à savoir contre des décisions du pouvoir adjudicateur prises en dehors de toute procédure de passation, notamment celle portant sur la question préalable de savoir si une acquisition déterminée doit être opérée sans passer par la procédure de passation de marché public.

116. L'expression ne nous semble pas pouvoir être considérée comme équivalente à l'ouverture des marchés publics à la concurrence des entreprises établies dans un autre État membre.

117. L'avocat général semble viser les services d'intérêt général que les communes doivent accomplir au bénéfice de certaines personnes.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

Le seuil critique reste problématique: faut-il plus de 50% de l'activité ou bien une proportion notable ou presque exclusive? L'avocat général ne répond pas à cette question, mais ajoute un élément d'appréciation pour pouvoir y répondre, en incluant une approche qualitative¹¹⁸ à l'approche quantitative imprécise. L'avocat général indique que le juge doit «évaluer le caractère essentiel des activités au moyen d'éléments quantitatifs et qualitatifs. La position sur le marché de l'entité contrôlée, c'est-à-dire en particulier sa situation concurrentielle par rapport à d'éventuels concurrents pourrait d'ailleurs également jouer un rôle¹¹⁹», nous le supposons, pour autant que le juge comprenne le conseil. Il nous semble, à bien des égards, mystérieux!

Dans un style plus précis et tranché, la Cour va réaffirmer la jurisprudence *TECKAL*. La Cour de justice reformule la série de questions et estime qu'il lui est demandé en substance si, «dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure, avec une société de droit privé juridiquement distincte de celui-ci, dans le capital de laquelle il détient une participation majoritaire et sur laquelle il exerce un certain contrôle, un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive 92/50, il est toujours tenu d'appliquer les procédures d'appel d'offres public prévues par cette directive du seul fait qu'une entreprise privée détient une participation, même minoritaire, dans le capital de cette société cocontractante»¹²⁰. En cas de réponse négative à cette question, la juridiction de renvoi demande sur la base de quels critères il y a lieu de considérer que le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis à une telle obligation.

La Cour va retenir la définition de la société d'économie mixte proposée par son avocat général. Rappelant l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics, «à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres», et la définition du soumissionnaire dans la directive 92/50/CEE, qui inclut les organismes de droit public qui offrent des services, la Cour insiste sur l'interprétation stricte de toute exception à ce principe. La Cour rappelle la solution *TECKAL*, en soulignant que «le cocontractant dans cette affaire était un groupement constitué par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, auquel participait également le pouvoir adjudicateur en cause».

La Cour considère qu'«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 pareille hypothèse, il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridique-

118. Expression qui n'a pas été expliquée dans les pts 87 et 88 de ses concl.

119. Il eut été utile de préciser quel rôle.

120. Réduisant au passage considérablement les enjeux sous-jacents aux questions posées.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

ment distincte du pouvoir adjudicateur et, dès lors, il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics.

S'inscrivant dans le prolongement de sa jurisprudence antérieure, la Cour rappelle qu'il «*n'est pas exclu qu'il puisse y avoir d'autres circonstances dans lesquelles l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur*», notamment dans l'hypothèse où l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent¹²¹. Il convient de rappeler que, dans le cas précité, l'entité distincte était entièrement détenue par des autorités publiques. La Cour indique cependant que «*la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée, dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause, 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*».

La Cour justifie cette solution en rappelant 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*», alors que «*tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente*». Ensuite, selon la Cour, «*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 à la directive 92/50, 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*». La réponse est limpide: «*dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive 92/50 avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées*».

La solution a été réaffirmée dans l'arrêt *MÖLDING*¹²². Dans cette affaire, la Cour de justice a apprécié un ensemble d'actes juridiques distincts (création d'une structure publique, octroi d'un droit d'exclusivité, cession de 49% des parts à un actionnaire privé), accomplis dans un laps de temps, il est vrai, relativement court, au regard du droit dérivé des marchés publics. En d'autres termes, la Cour de jus-

121. Dans le même sens, voy. arrêt *Teckal* (C.J.C.E., 18 novembre 1999, aff. C-107/98), pt 50.

122. C.J.C.E., 10 novembre 2005, *Commission européenne c/ République d'Autriche*, aff. C-29/04, <http://www.europa.eu.int/cj>.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

tice a apprécié la légalité du processus d'attribution en tenant compte d'évènements postérieurs à celle-ci parce qu'ils démontraient l'absence des conditions posées pour les relations «*in house*» (perte du contrôle analogue par la cession des parts au privé, dont la présence influence nécessairement la gestion). Cependant, la Cour indique également que les opérations distinctes offrent à l'entreprise privée présente dans le capital un avantage par rapport à ses concurrents¹²³. La Cour de justice aurait probablement adopté une position différente si, dans la même structuration juridique, la cession des parts à un partenaire privé avait été réalisée au terme d'une procédure de mise en concurrence en dehors de celles prévues par le droit dérivé des marchés publics.

Les incertitudes liées à cette théorie jurisprudentielle sont nombreuses. À vrai dire, la jurisprudence de la Cour de justice est essentiellement ambiguë, un peu comme si elle n'osait pas aller jusqu'au bout d'une certaine logique. Ainsi, elle reconnaît que «*la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou 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, au sens du point 50 de l'arrêt Teckal*»¹²⁴. Mais sitôt admis, considère-t-elle que les mécanismes de droit commun des sociétés ne suffisent pas. Seule précision significative¹²⁵, «*pour apprécier si une entreprise réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient (...), il convient de tenir compte de toutes les activités que cette entreprise 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*».

§ 17 – Les extensions

L'arrêt *CONAME*¹²⁶, relatif à une concession relative à la gestion du service de distribution du gaz¹²⁷, s'inscrit sans nul doute dans la mouvance de la théorie de l'«*in house*». Le litige s'est noué entre, d'une part, la société CONAME et, d'autre part, une commune italienne qui avait attribué un service portant sur la gestion, la distribution et l'entretien des installations de distribution de gaz méthane. La législation italienne autorisait les entités publiques à rendre elles-mêmes ce service, ou à le faire exécuter par des tiers ou par l'intermédiaire d'une société à capital public majoritaire dont elles conservaient la majorité, la participation d'autres opérateurs publics

123. Pt 48 de l'arrêt.

124. C.J.C.E., 11 mai 2006, *Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio, AGESP SpA en présence de: Associazione Nazionale Imprese Gestione servizi tecnici integrati (AGESI)*, aff. C-340/04, pt 37.

125. Pt 72 de l'arrêt.

126. C.J.C.E., 21 juillet 2005, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c/ Comune di Cingia de' Botti, en présence de Padania Acque SpA*, aff. C-231/03, <http://www.europa.eu.int/cj>.

127. Les art. 43, 48 et 81 du Traité CE sont au cœur de cette affaire.

et privés étant ouverte dans son principe¹²⁸. Pour la période du 1^{er} janvier 1999 au 31 décembre 2000, la société CONAME était liée à la commune par un contrat portant sur l'entretien, la direction et la surveillance du réseau de gaz méthane. Pour la période du 1^{er} janvier 2000 au 31 décembre 2005, la commune a informé la société CONAME qu'elle avait changé de prestataire, accordant désormais la concession à la société PADANIA, société à capitaux majoritairement publics détenus par la province de Cremona ainsi que par presque toutes les communes de cette province et dans laquelle la commune «*concedante*» détenait une participation à hauteur de 0,97%. L'attribution de la concession avait eu lieu en application de la législation italienne, sans mise en concurrence¹²⁹. Cette attribution directe a été contestée par la société CONAME devant les juridictions italiennes. Une question préjudicielle portant sur la conformité de cette attribution directe dans le cas d'espèce au regard des articles 43, 49 et 81 du Traité CE¹³⁰ a été posée à la Cour de justice.

Après avoir situé le débat dans le cadre du droit primaire, la Cour de justice va d'emblée considérer que l'attribution directe, en l'absence de toute transparence, est constitutive d'une différence de traitement au détriment de l'entreprise située dans l'autre État membre, cette dernière étant dans l'impossibilité de manifester son intérêt pour obtenir la concession.

La Cour de justice s'attache ensuite à rechercher si cette différence de traitement peut être justifiée par des circonstances objectives, comme par exemple un enjeu économique très réduit¹³¹. À défaut, la Cour de justice suggère de vérifier si l'attribution de la concession répond à des exigences de transparence qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, permettent la manifestation d'intérêt au contrat d'une entreprise située sur le territoire d'un autre État membre. Si tel n'est pas le cas, la différence de traitement est établie.

La Cour de justice fournit de précieuses indications sur les circonstances objectives qui peuvent justifier une différence de traitement. Elle exclut la participation de la commune à la hauteur de 0,97%, qui, à elle seule, n'est pas significative. En réservant, par contre, la nécessité d'exercer un contrôle sur le concessionnaire gérant le service

128. En vertu de l'art. 22, § 3, de la loi n° 142, du 8 juin 1990, portant organisation des autonomies locales (legge n° 142, recante ordinamento delle autonomie locali, supplément ordinaire à la *GURI* n° 135, du 12 juin 1990, ci-après la «*loi n° 142/1990*»), un service tel que celui portant sur la gestion, la distribution et l'entretien des installations de distribution de gaz méthane peut être assuré par l'entité publique elle-même, par concession à des tiers, en ayant recours à des entreprises tierces, ou encore, selon ledit art. 22, § 3, sous e), «*par l'intermédiaire de sociétés par actions ou à responsabilité limitée principalement à capital public local souscrit par l'organisme qui assure le service public ou avec sa participation et, si cela s'avère opportun en raison de la nature ou de l'étendue du territoire couvert par le service, avec la participation de plusieurs opérateurs publics ou privés*».

129. Art. 22, § 3, sous e), de la loi n° 142/1990.

130. Cette disposition a été rapidement écartée du débat en application de la jurisprudence *Bodson* (C.J.C.E., 4 mai 1988, aff. C-30/87, *Rec.*, 1988, p. 2479, pt 18); pour plus de détails, voy. *infra*, titre II, chap. 2.

131. Pt 20 de l'arrêt, conformément à sa jurisprudence (C.J.C.E., 7 mars 1990, *Krantz*, aff. C-69/88, *Rec.*, 1990, p. I-583, pt 11; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *BASF*, aff. C-44/98, *Rec.*, 1999, p. I-6269, pt 16; C.J.C.E. (ord.), 12 septembre 2002, *Mertens*, aff. C-431/01, *Rec.*, 2002, p. I-7073, pt 34).

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

public, elle souligne à juste titre que la participation en l'espèce ne permet pas pareil contrôle. Lors de l'audience, le Gouvernement italien a tenté de faire valoir que la formule proposée était justifiée par la circonstance que les communes ne disposaient pas de moyens suffisants pour gérer en interne ce service public, raison pour laquelle elles s'étaient associées dans une structure. La Cour de justice ne va pas condamner le principe de cette formule d'association, mais souligne qu'en l'espèce, la structure ne peut être considérée comme un service interne en raison de son ouverture au capital privé. Au terme de cette analyse, la violation des articles 43 et 49 du Traité CE s'imposait, la différence de traitement n'étant pas justifiée par des circonstances objectives.

Avec l'arrêt *BRIXEN*¹³², la théorie de la relation «*in house*» s'étend au droit communautaire des contrats publics. Une commune a décidé de gérer ses parkings publics au moyen d'une entreprise publique dont elle devait statutairement conserver la maîtrise¹³³. Le conseil d'administration disposait d'une large autonomie de gestion, pouvant conclure, sans l'accord de ses actionnaires, des transactions inférieures à 5.000.000 EUR. Logiquement donc, la ville entendait faire réaliser et gérer, par l'entreprise, des parkings. Le système de rémunération organisé (perception des taxes de stationnement et versement complémentaire) a induit la qualification de concession pour une opération particulière, qui a été attaquée par un concurrent privé. Se posait dès lors la question de savoir si la «*concession*» pouvait être attribuée sans autre précaution à la société publique. Dans le prolongement de l'arrêt *TELAUSTRIA*¹³⁴, de l'interdiction du principe de non-discrimination et des libertés fondamentales prévues aux articles 43 et 49 du Traité CE, mais également, et cela constitue une nouveauté, de l'article 86, § 1^{er}, du Traité CE, la Cour de justice va admettre l'application de la jurisprudence *TECKAL* aux concessions de services. Dans le cas d'espèce, la Cour considère que la société a acquis une *vocation de marché* qui rend précaire le contrôle de la commune. Elle retient la forme de la société anonyme, l'élargissement de l'objet social (transport de personnes, de marchandises, informatique et télécommunications) et l'étendue de ses activités (épuration d'eau, fourniture de chauffage et d'énergie, élimination de déchets et construction de routes), l'ouverture obligatoire, à terme, à d'autres capitaux, l'expansion du domaine territorial des activités de la société à toute l'Italie et à l'étranger, et les pouvoirs considérables attribués au conseil d'administration.

Cette affaire illustre les excès que la théorie de l'«*in house*» entend combattre et dessine, *a contrario*, les contours d'une relation «*in house*» qui ne pose pas de difficulté au regard du droit dérivé des marchés publics: statut public, objet social précis et limité, contrôle effectif d'une collectivité publique bénéficiant d'une légitimité démocratique. Ce n'est qu'à ces conditions que l'initiative privée et une concurrence libre et non faussée peuvent être préservées. La Cour a confirmé cette jurisprudence¹³⁵.

132. C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerken Brixen, AG*, aff. C-458/03, <http://www.europa.eu.int/cj>; C.J.C.E., 27 octobre 2005, *Commission c/ Italie*, aff. C-187/04 et C-188/04, <http://www.europa.eu.int/cj>.

133. Au moment du litige, elle était d'ailleurs la seule actionnaire.

134. C.J.C.E., 7 décembre 2000, aff. C-324/98, *Rec.*, 2000, p. I-10745, précité.

135. C.J.C.E., 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari, AMTAS Servizio SpA*, C-410/04, <http://www.europa.eu.int/cj>.

§ 18 – La terrasse

L'arrêt *CARBOTERMO*¹³⁶ a permis à la Cour de progresser dans la définition des modalités de la relation «in house». Une commune (Comune di Busto Arsizio), après avoir lancé un appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché¹³⁷ portant sur la fourniture d'énergie ainsi que pour l'entretien et la remise à niveau réglementaire et technique des installations de chauffage des bâtiments municipaux, a renoncé à cette voie¹³⁸. Elle s'est réservée la faculté d'attribuer ultérieurement le marché de gré à gré à AGESP SpA (ci-après «AGESP»), société entièrement détenue par la AGESP Holding SpA¹³⁹ (société anonyme dont le capital social est détenu à 99,98% par la commune). Conformément à l'article 6 des statuts de AGESP Holding SpA, la majorité des actions était réservée à la commune, le reste étant détenu par des communes voisines de la même province. Elle mit en œuvre cette faculté le 18 décembre 2003. L'ensemble du processus décisionnel a été attaqué par les sociétés CARBOTERMO et ALISEI, soumissionnaires dans le cadre de la première procédure, devant le *Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia*. Cette juridiction a posé deux questions à la Cour à titre préjudiciel¹⁴⁰. Cette nouvelle affaire concerne donc l'interprétation et l'application des critères développés dans les affaires *TECKAL*, *STADT HALLE*, *RPL LOCHAU* et *PARKING BRIXEN*¹⁴¹.

136. C.J.C.E., 11 mai 2006, aff. C-340/04, concl. C. Stix-Hackl

137. Publication du 22 septembre 2003. Le marché, d'un montant de 8 450 000 euros + TVA, comprenait la fourniture de combustibles – 4/5 de gasoil et 1/5 de méthane –, pour un montant de 5 700 000 euros, l'entretien, pour un montant de 1 000 000 euros, et la remise à niveau réglementaire et technique, pour un montant de 1 750 000 euros.

138. En deux temps, suspension puis retrait.

139. Conformément à l'article 7 des statuts d'AGESP, «aucun associé, à l'exception de la société-mère, AGESP Holding SpA, n'est autorisé à détenir une participation supérieure à 10 % de la totalité du capital de la société».

140. «1) L'attribution de gré à gré d'un marché de fourniture de combustibles pour les installations de chauffage de bâtiments dont la commune est propriétaire ou qui relèvent de sa compétence, marché portant également sur la gestion et l'entretien desdites installations (mais dont la valeur des fournitures est prépondérante) à une société anonyme dont le capital est, dans l'état actuel des choses, intégralement détenu par une autre société anonyme dont l'actionnaire majoritaire est, à son tour, la commune commettante (à 99,98 %), à savoir à une société (AGESP) qui n'est pas détenue directement par la collectivité publique mais par une autre société (AGESP Holding) dont le capital est actuellement détenu à 99,98 % par la collectivité publique, est-elle compatible avec la directive 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures?

2) Faut-il appliquer l'article 13 de la directive 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, pour apprécier la condition selon laquelle l'entreprise à laquelle un marché de fournitures a été attribué de gré à gré doit réaliser l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient, et ladite condition peut-elle être considérée comme remplie lorsque l'entreprise en question réalise l'essentiel de son chiffre d'affaires avec la collectivité publique qui le détient ou, le cas échéant, lorsqu'elle réalise l'essentiel de son chiffre d'affaires sur le territoire de ladite collectivité?»

141. Interprétation de l'art. 1^{er}, initio, sous a) de la directive 93/36/CE définissant le marché public de fournitures; les points 49 et 50 de l'arrêt *Teckal*, mais également l'art. 13, par. 1^{er} de la directive 93/38/CE qui prévoit l'inapplication de la directive aux marchés de services qu'une entité adjudicatrice passe auprès d'une entreprise liée (à certaines conditions).

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

L'avocate générale va prendre une position courageuse. Tout en réservant son intervention à l'interprétation du droit applicable (à l'exclusion du paquet législatif), elle reconnaît que la jurisprudence de la Cour de justice contient de nombreuses notions floues difficiles à appliquer¹⁴². Arguant de la multiplication des procédures, elle invite la Cour de justice à clarifier de manière générale sa jurisprudence ou à la revoir, fait tout à fait exceptionnel.

Elle n'hésite pas à emprunter le voie d'un réexamen général du critère du contrôle analogue, prenant soin de distinguer la présente affaire des précédentes: absence de participation d'entreprise privée, statut de la société (société anonyme) et enfin, attribution du marché à une sous-filiale de la collectivité territoriale en cause. Il s'agissait, en quelque sorte, d'un partenariat public-public¹⁴³.

Le critère du contrôle analogue se décline en questions multiples.

Le droit dérivé s'applique-t-il à pareille situation? C'est, en effet, cette question de principe que la jurisprudence, dans son dernier état, laisse dans l'ombre, ou, plus exactement, à laquelle elle donne des éléments de réponse difficiles à réconcilier, comme l'explique parfaitement l'avocate générale.

Faut-il interpréter comme une reconnaissance tacite d'application, le fait que la Cour de justice a déjà vérifié si les critères de *TECKAL* étaient remplis dans des hypothèses de participations indirectes (*STADT HALLE* et *RPL LOCHAU*)¹⁴⁴?

Faut-il, au contraire, déduire de l'exigence de réalisation de l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent que l'échange de prestations doit avoir lieu directement entre ces deux entités?

Ou faut-il, alors, déduire que cette exigence ne peut être posée lorsque les participations sont indirectes?

Si l'exigence persiste, le contrôle analogue doit-il exister à toutes les étapes de la participation?

Comment, au demeurant, apprécier concrètement le contrôle analogue lorsqu'il est exercé par plusieurs entités publiques?

Sur cette dernière question, l'avocate générale va proposer une analyse qui consiste à apprécier la coïncidence des intérêts, rejoignant l'approche de l'avocat général KOKOTT dans ses conclusions du 1^{er} mars 2005 dans l'affaire *PARKING*

142. Pt 17.

143. Pt 31.

144. Pt 27.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

*BRIXEN*¹⁴⁵, coïncidence d'intérêts qui peut ne pas toujours être présente entre les différents pouvoirs adjudicateurs¹⁴⁶.

L'avocate générale va opter pour une application de la solution *TECKAL* en cas de participations publiques multiples et indirectes¹⁴⁷.

L'appréciation *in concreto* de l'exigence du contrôle analogue, dans la ligne de l'arrêt *BRIXEN*, implique, sans surprise mais sur un mode un peu trop général, que «l'entité contrôlée ne dispose que d'une certaine autonomie par rapport à ses actionnaires».

Que déduire de l'ouverture du capital aux particuliers? La Commission était claire, cette circonstance empêchait de considérer que l'exigence du contrôle était remplie. L'avocate générale hésite sur l'interprétation de l'arrêt *BRIXEN* et revient sur le contexte particulier de l'arrêt *MÖDLING*. Elle semble moins radicale que la Commission sur le principe¹⁴⁸ et envisage l'application de la voie de l'*in house* lorsque l'ouverture au capital est prévue.

La réponse implique de considérer la configuration concrète des rapports entre une société et la sous-filiale, ainsi qu'entre une société mère et sa filiale, en vertu du droit applicable et des conventions existantes¹⁴⁹. La transformation d'un établissement propre en société anonyme est un élément qui doit être considéré ainsi que les droits et possibilités de contrôle concrets des actionnaires¹⁵⁰ sur la gestion de la société (pouvoir de donner des instructions, de tutelle, de nomination).

Le juge national devra se contenter de ces indications générales pour se prononcer sur le cas d'espèce.

La conclusion intermédiaire¹⁵¹ de l'avocate générale est claire:

«le critère du contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services peut en principe également être rempli par des entreprises publiques mixtes. C'est au juge national qu'il incombe d'apprécier les circonstances concrètes de l'affaire au principal. Il doit en l'espèce prendre en considération les circonstances suivantes: les intérêts des actionnaires; la transformation de l'«entreprise municipalisée» en une société anonyme; le fait qu'il n'était pas prévu de manière contraignante d'ouvrir la société à d'autres capitaux et qu'une telle ouverture n'a pas eu lieu; la possibilité pour AGESP d'ouvrir des succursales même à l'étranger; la possibilité d'influen-

145. Pt 74 et s.

146. Pt 34

147. Pts 38 et 39.

148. Pt 50.

149. Pt 59.

150. Pt 62.

151. Pt 70.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

cer les nominations au conseil d'administration et de contrôler la gestion; les pouvoirs du conseil d'administration d'AGESP ainsi que la circonstance que la commune détient des participations indirectes dans AGESP par l'intermédiaire d'AGESP Holding SpA».

Elle n'hésite pas à inviter la Cour de justice à revoir ses explications et positions antérieures, critiquées par de nombreux commentateurs et, laisse ouverte la possibilité d'envisager le deuxième critère de l'arrêt TECKAL, l'essentiel de l'activité réalisée avec le détenteur des participations, qui n'a pas encore été examiné par la Cour.

Elle limite son examen à l'aspect le plus délicat de ce second critère: comment l'apprécier entre la sous-filiale et la société qui la détient indirectement¹⁵²? Comment un pouvoir adjudicateur peut-il concrétiser le caractère essentiel des prestations et choisir entre les possibilités existantes entre «plus de 50%» et «quasi exclusivement»? S'agit-il d'un seuil quantitatif ou qualitatif? Arguant de la version italienne de l'arrêt *TECKAL*, «la parte più importante della propria attività», l'approche qualitative n'est pas exclue, le chiffre d'affaires est donc, à lui seul, insuffisant. Le seuil de 80% de la directive 93/38/CE, limité aux prestations de services, avait le mérite d'être clair mais ne peut être transposé tel quel aux marchés publics relevant de secteurs non spéciaux.

L'appréciation qualitative, plus délicate à cerner, est cependant l'occasion d'une nuance significative: l'avocate générale propose de «déterminer comment et vis-à-vis de qui l'entité contrôlée exerce ses activités. Il y a une différence à cet égard selon qu'il existe un marché pour l'activité de l'entité en cause et si cette entité offre sur ce marché une partie des services fournis à d'autres entités que celle qui exerce le contrôle» arguant du paquet législatif¹⁵³.

Elle précise que «cette condition ne doit cependant pas être entendue en ce sens que les services fournis par l'entité concernée doivent être exigés d'entités autres que des organismes publics. En effet, même si pour une marchandise ou une prestation de services, seuls des organismes publics sont *demandeurs*, cela ne signifie pas encore qu'il n'existe pas de marché. Il peut en effet aussi y avoir plusieurs *fournisseurs*. L'appréciation des éléments qualitatifs ne dépend, par conséquent, pas uniquement des rapports de l'entité fournissant des services avec l'entité qui la contrôle, mais, au sens des objectifs de concurrence qui sous-tendent le droit communautaire des marchés publics, également de sa position sur le marché. On se rapprocherait ainsi des cas dans lesquels, en application des directives, des marchés

152. Pt 75.

153. La définition légale figurant à l'article 1^{er}, paragraphe 8, premier alinéa, de la 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 (JO L 134, p. 114), ainsi qu'à l'article 1^{er}, paragraphe 7, premier alinéa, de la directive 2004/17

ANN LAWRENCE DURVIAUX

publics peuvent être passés en recourant à une procédure négociée sans publication préalable d'un avis de marché, à savoir lorsque le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé»¹⁵⁴.

La difficulté ne s'arrête pas là, reste à «clarifier la question de savoir si ce sont les activités effectives qui importent ou s'il y a lieu également de tenir compte de l'objet de l'entreprise contrôlée, par exemple l'objet social tel que prévu par les statuts, et, par conséquent, de toutes les activités que cette entité peut exercer dans l'absolu. Même s'il n'est pas étranger au droit des marchés publics de tenir compte de l'objet d'une entité, une telle approche rendrait toutefois encore plus difficile l'appréciation du caractère essentiel d'une activité, au motif que l'on ne peut fournir à un moment donné d'indications fiables concernant des activités éventuelles – et non certaines – dans l'avenir».

Ajoutant encore à la réflexion, l'avocate générale se demande «s'il faut uniquement tenir compte de certaines activités réalisées par une entité ou de l'ensemble de ces activités. On pourrait ainsi entendre le critère du caractère essentiel en ce sens qu'il ne faut tenir compte que du type de prestations devant également être fournies à l'entité qui exerce le contrôle, par exemple la fourniture d'énergie, les autres prestations réalisées par l'entité en cause, telles que l'élimination des déchets, n'étant dans ce cas pas prises en considération et le pourcentage d'activités réalisées dans ce secteur spécifique étant alors le seul pourcentage déterminant»¹⁵⁵. Cette solution n'est pas retenue par l'avocate générale car elle aurait immanquablement pour effet d'étendre le champ de l'exception de la voie in house, contrairement au système d'interprétation stricte constamment privilégié en droit.

Abandonnant le mode interrogatif, pour un mode affirmatif, l'avocate générale, s'agissant de l'aspect quantitatif, indique qu'il ne peut être tenu uniquement compte du chiffre d'affaires, d'autres indicateurs économiques doivent intervenir, comme «le pourcentage des revenus provenant d'activités effectuées pour le compte de titulaires de participations par rapport à l'ensemble du chiffre d'affaires peut également en principe entrer en ligne de compte. Toutefois, même en ce qui concerne le calcul du pourcentage des revenus ainsi obtenus par rapport à l'ensemble, il y a lieu d'appliquer le principe valable pour le pourcentage du chiffre d'affaires global, à savoir, qu'il ne suffit pas que leur montant dépasse légèrement le montant des autres revenus. Dans les deux cas, il ne s'agit – bien entendu – que de l'aspect quantitatif»¹⁵⁶.

Reste à déterminer la période pertinente pour apprécier le critère, la Cour n'ayant jamais abordé le problème.

L'avocate générale, à nouveau, n'hésite pas à souligner «l'imprécision du deuxième critère de l'arrêt *TECKAL* et l'incertitude qui en résulte sur le plan du

154. Pt 99.

155. Pt 102.

156. Pt 106.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

droit apparaissent clairement. Une précision serait par conséquent nécessaire dans l'intérêt de la sécurité juridique¹⁵⁷. Pour convaincre la Cour, elle retrouve son mode interrogatif. Quelle est l'importance du lieu où les prestations sont accomplies pour l'interprétation de ce deuxième critère, notamment pour l'imputation des chiffres d'affaires pertinents¹⁵⁸? Faut-il considérer les transactions particulières qui se nouent entre l'entité et des tiers qui sont sur le territoire de la commune?

Les multiples interrogations laissées parfois sans réponse n'empêchent pas l'avocate de conclure provisoirement et prudemment que «le critère selon lequel l'entité contrôlée doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent peut également être rempli dans le cas d'entreprises publiques et d'une participation indirecte. À cet égard, il convient également d'imputer à l'entité qui exerce le contrôle certaines prestations fournies à des tiers. Dans la présente affaire, le juge national doit, à cette fin, tenir compte d'un certain nombre de circonstances, parmi lesquelles figurent également les revenus provenant d'activités exercées pour ceux qui détiennent une participation, mais non du critère des 80% visé à l'article 13 de la directive 93/38».

Repartant du principe de l'application du droit dérivé des marchés publics aux conventions se nouant entre deux personnalités juridiques distinctes dégagé dans l'arrêt *TECKAL*¹⁵⁹, la Cour va examiner les participations existantes entre les entités publiques impliquées¹⁶⁰.

La Cour de justice semble incapable de dépasser les formules incantatoires affirmant un principe suivi d'une réserve qui en énerve le sens premier.

Ainsi, pour «apprécier si le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services», convient-il «de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes». L'examen doit permettre d'apprécier si «la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer» les décisions de ladite société. Le contrôle réside dans la possibilité «d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société»¹⁶¹.

157. Pt 110.

158. Pt 111.

159. Pts 31 à 33.

160. Pts 34 et 35. Pour mémoire: «Il ressort de la décision de renvoi et des pièces du dossier que, dans l'état actuel des choses, le pouvoir adjudicateur détient 99,98 % du capital d'AGESP Holding, les 0,02 % restants étant détenus par d'autres collectivités territoriales. D'après les statuts d'AGESP Holding, des actionnaires privés peuvent entrer dans le capital de cette société sous deux réserves: d'une part, la majorité des actions est réservée à la commune de Busto Arsizio; d'autre part, aucun actionnaire privé ne peut détenir plus d'un dixième du capital de cette société. À son tour, AGESP Holding détient, dans l'état actuel des choses, 100 % du capital d'AGESP. Selon les statuts de cette dernière, le capital de celle-ci peut être ouvert à des actionnaires privés sous la seule réserve qu'aucun actionnaire, à l'exception d'AGESP Holding, ne peut détenir plus d'un dixième du capital de cette société.

161. Pt 65 de l'arrêt du 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, non encore publié au Recueil.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

Plus concrètement sans doute, la Cour indique que «la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer», que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un «contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services». Malheureusement, elle s'empresse de préciser que cette indication peut ne pas «être décisive»¹⁶².

Les pouvoirs que le droit des sociétés reconnaît généralement à la majorité des associés ne semblent pas être suffisants non plus¹⁶³. Le contrôle via une société holding semble trop affaibli à la Cour. La Cour estime donc, dans le cas d'espèce, que la condition du contrôle analogue n'est pas remplie, en renvoyant au juge du fond le soin de vérifier les circonstances sur base desquelles elle fonde sa conclusion.

La Cour, après avoir vérifié qu'il n'existait pas de possibilité de passer le marché selon une procédure négociée, va écarter l'argument du Gouvernement italien qui faisait valoir que toutes les sociétés en cause étaient soumises au droit dérivé des marchés publics. Par contre, elle semble ouvrir la possibilité que l'article 6 de la directive 92/50/CE¹⁶⁴ pourrait conduire à une réponse différente.

Après avoir exclu, sans surprise, l'application par analogie de l'art. 13 de la directive 93/38/CE dans le cas d'espèce¹⁶⁵, la Cour de justice va rappeler les objectifs du droit dérivé des marchés publics: liberté de circulation des marchandises et services, concurrence libre et non faussée entre entreprise publique et privée.

La deuxième condition s'inscrit dans le prolongement de ce dernier objectif. Elle a pour fin de «garantir que la directive 93/36 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»¹⁶⁶. Par hypothèse, si les prestations sont «substantiellement»¹⁶⁷ destinées à la collectivité qui la «détient», le souci de préserver la concurrence n'a plus lieu d'être.

Plus concrètement, la Cour estime qu'«on ne peut considérer que l'entreprise en cause réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient (...) que si l'activité de cette entreprise est consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal»¹⁶⁸. Elle valide, dans son principe, une approche qualitative et quantitative, sans concrétiser cependant la première.

162. Pt 37.

163. Pt 38.

164. Non applicable dans le cas d'espèce puisque les fournitures étaient prépondérantes dans le marché.

165. Pts 48 à 57.

166. Pt 60.

167. Pt 62.

168. Pt 63.

LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

Plus fondamentalement, la Cour indique que toutes les activités doivent être prises en considération, celles exercées au bénéfice de la collectivité «détentric» (ou de toutes¹⁶⁹) et celles exercées au bénéfice de tiers, sans considération pour les modalités particulières de rémunération, ni le lieu d'exécution¹⁷⁰. Plus important, «dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, la condition relative à l'essentiel de son activité peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité, non nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble»¹⁷¹.

L'arrêt du 11 mai 2006 confirme le courant jurisprudentiel initié par la Cour de justice avec l'arrêt *TECKAL*. S'il précise les conditions d'application des relations dites *in house* dans le cadre de participations indirectes et de structures détenues par plusieurs entités publiques, de nombreuses incertitudes persistent.

La voie empruntée par le droit dérivé, opérant une sorte de privatisation discrète de certains secteurs d'activités, pose des problèmes de principe qui n'ont, à ce jour, pas été abordés par les instances communautaires. Outre les innombrables problèmes d'interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice, l'application du droit dérivé semble omise de la réflexion. Or, il est délicat, dans la comparaison effective des offres dans la suite de la jurisprudence *TECKAL*, de respecter concrètement l'ensemble des objectifs et des règles applicables à la passation des marchés publics. Le système manque de cohérence¹⁷².

§ 19 – *Le nettoyage de printemps*

Reste à déterminer avec précision la marge de manœuvre qui reste aux pouvoirs publics dans l'organisation de leur structure compte tenu des contraintes du droit dérivé des marchés publics.

La question a été posée de manière frontale dans le cadre d'une affaire qui mettait en cause le statut d'une entreprise publique espagnole, active dans les secteurs agricole, forestier et environnemental au sens large¹⁷³.

Analysant le statut de la société publique, la Cour de justice va retenir des éléments précis pour conclure à l'inapplication du droit dérivé des marchés publics.

169. Pts 68 à 69.

170. Pts 65 à 68.

171. Pt 70.

172. Voy. A.L. Durviaux, *Logique de marché et marché public en droit communautaire*, op. cit., conclusions générales.

173. C.J.C.E., 19 avril 2007, *Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformacion Agrarira SA (Tragsa), Amdinistration del Estado*, C- 295/05.

ANN LAWRENCE DURVIAUX

TRAGSA était une société d'État au capital social à laquelle peuvent également participer les communautés autonomes¹⁷⁴, un moyen instrumental propre et un service technique de l'administration générale de l'État et de celles de chacune des communautés autonomes concernées¹⁷⁵.

Elle est tenue de réaliser les commandes qui lui sont confiées par l'administration générale de l'État, les communautés autonomes et les organismes publics qui dépendent de ces dernières, dans les domaines qui relèvent de son objet social, et elle ne dispose pas de la possibilité de fixer librement le tarif de ses interventions¹⁷⁶.

ASEMFO, partie plaignante dans le litige principal, soutenait que la relation juridique qui découlait des commandes que reçoit TRAGSA, n'était pas unilatérale mais bien contractuelle arguant de l'arrêt du 12 juillet 2001, *ORDINE DEGLI ARCHITETTI E.A.*¹⁷⁷.

La Cour de justice va écarter la critique au motif que TRAGSA ne disposait pas de la liberté de refuser les commandes qui lui étaient adressées par ses actionnaires, pas plus qu'il ne lui était loisible de fixer ses propres tarifs pour les prestations commandées¹⁷⁸.

Rappelant ses arrêts antérieurs relatifs à la théorie des relations *in house*, elle va considérer compte tenu que le capital social entièrement détenu par des pouvoirs publics¹⁷⁹ tend à démontrer que la condition du contrôle analogue est remplie. Elle considère cette exigence globalement et non en fonction des participations respectives des entités publiques.

La société publique ne peut, selon la Cour, être considérée comme un tiers par rapport aux communautés autonomes qui détiennent une partie de son capital.

En ce qui concerne la seconde condition, la réalisation de l'essentiel de ses activités, la Cour reprend la solution *CARBOTERMO* et l'apprécie par rapport à l'ensemble des pouvoirs publics actionnaires. TRAGSA réalisait plus de 55% en moyenne de son activité avec les communautés autonomes et près de 35% de celle-

174. Art. 88, paragraphes 1 et 2, de la loi 66/1997

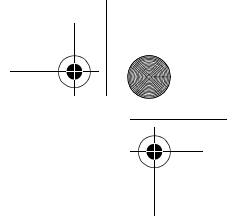
175. En vertu du paragraphe 4 du même article 88 et l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, du décret royal 371/1999

176. Art. 3, paragraphes 2 à 5, et 4, paragraphes 1, 2 et 7, du décret royal 371/1999.

177. *Op. cit.*, C_399/98, *Rec.* p. I-5409

178. Points 53 et 54

179. 99 % du capital social de Tragsa est détenu par l'État espagnol lui-même ainsi que par l'intermédiaire d'une société holding et d'un fonds de garantie, et quatre communautés autonomes, disposant chacune d'une action, détiennent 1 % dudit capital.



LES POUVOIRS LOCAUX ET LE DOIT DÉRIVÉ DES MARCHÉS PUBLICS

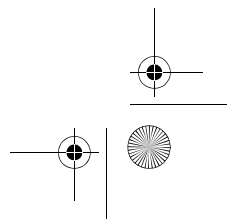
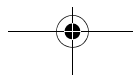
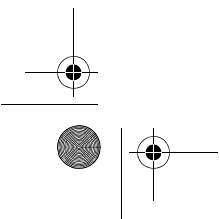
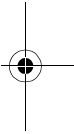
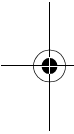
ci avec l'État. Il apparaît ainsi que l'essentiel de l'activité de cette société est réalisé avec les collectivités et les organismes publics qui la détiennent.

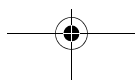
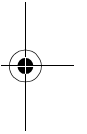
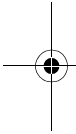
Conclusion

Les concepts de marchés publics, de concessions et de service public, familiers en droit administratif, ont progressivement été redessinés par le droit dérivé des marchés publics tel qu'interprété par la Cour de justice, les publicistes peuvent avoir l'impression de se retrouver en terre étrangère.

Une certaine «logique de marché», combinée avec les techniques d'interprétation autonome et fonctionnelle, permet non seulement de réinventer les notions clés de droit administratif, mais aussi de les réduire à peau de chagrin pour mieux enserrer les activités humaines vers leurs fins désirées.

Il serait possible qu'il en soit autrement, il suffirait que les «défaillances» du marché soient réintégrées dans l'interprétation des règles de droit, et d'écrire, en somme, une autre histoire.....







CHAPITRE 2 LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

par
Pierre NIHOUL
Conseiller d'Etat
Maître de conférences à l'U.C.L.

Introduction

En principe, les pouvoirs locaux disposent de la liberté de s'organiser, de se gérer et de se financer. Cette liberté n'est toutefois pas totale.

Elle est d'abord limitée par la Constitution. L'article 162 de la Constitution est en effet interprété par nos juridictions¹ comme ne permettant aux communes de s'associer que selon les formes déterminées par le législateur; hors des formes de coopération et d'association établies ou reconnues par le législateur, point de salut.

Si cette limitation est bien connue et plus ou moins acceptée, il en est deux autres plus récentes et plus polémiques qui nous viennent du droit européen: d'une part, le droit des marchés publics (chapitre I^{er}) et, d'autre part, le droit de la concurrence (chapitre II). Dans ces deux matières, la présente contribution rappelle, d'abord, les enseignements de la jurisprudence de la Cour de justice et tend, ensuite, à en dégager les conséquences concrètes pour ce qui est de l'organisation, du mode de fonctionnement et du financement des services publics locaux.

1. C. Arb., arrêt n° 65/2003, du 14 mai 2003, consid. B.5.5.; Gand, 27 janvier 2000, *C.P.D.K.*, 2003/1, p. 139, note; Cass., 14 octobre 2002, *C.P.D.K.*, 2003/1, p. 106, note F. VANDENDRIESSCHE; C.E., *Driessens et cons.*, n° 40.314 du 15 septembre 1992, *A.S.B.L. Centre hospitalier de Soignies et de Braine-le-Comte*, n° 45.716 du 21 janvier 1994 et *Gecoli*, n° 46.709 du 28 mars 1994, *Droit communal*, 1995, pp. 140-143 et note J. VANHAEVERBEEK.



PIERRE NIHOUL

Section 1

Le droit des marchés publics

Il s'agit d'appréhender les différents modes de gestion, voire d'organisation, des services publics locaux au regard des obligations de transparence, de publicité et de contrôle d'impartialité des procédures et, plus généralement, au regard du principe d'égalité, lesquels sont prévus par les directives marchés publics et, à défaut, par le droit européen primaire. Il convient d'abord d'en rappeler les traits majeurs dans une perspective plus descriptive que la contribution de A.-L. DURVIAUX.

§ 1 – Les traits majeurs du droit des marchés publics

Le principe

Selon les définitions contenues dans les directives «matières», qu'elles soient de la deuxième² ou de la troisième génération³, un marché public suppose l'existence d'un contrat, ce qui nécessite le concours de deux volontés 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 dernier, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non»⁴. Le prestataire peut donc être sans conteste une entité publique.

Même si seule la directive 92/50 (services) incluait expressément dans la notion de prestataire de services «un organisme public qui offre des services», cette solution a également été retenue par le juge européen pour les directives 93/36 (fournitures) et 93/37 (travaux) en raison de l'utilisation du terme «contrat»⁵. A cet égard, la nouvelle directive 2004/18 clarifie la notion de prestataire: si celui-ci doit être,

2. Dir. 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, J.O.C.E., L 209 du 24 juillet 1992, p. 1 et s.; Dir. 93/36/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, J.O.C.E., L 199 du 9 août 1993, p. 1 et s.; Dir. 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, J.O.C.E., L 199 du 9 août 1993, p. 54 et s.; Dir. 93/38/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, J.O.C.E., L 199 du 9 août 2003, p. 84 et s..
3. Dir. 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil européen, du 31 mars 2004, relative à la 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., L 134 du 30 avril 2004, p. 1 et s.; Dir. 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil européen, 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., L 134 du 30 avril 2004, p. 114 et s..
4. C.J.C.E., 18 nov. 1999, *Teckal*, C-107/98, pts 50-51; 8 mai 2003, *Com. c. Espagne*, C-349-97, pt 204; 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, pt 47; 13 janv. 2005, *Com. c. Espagne*, C-84/03, pt 38; 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, pts 57-58; 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, pt 33.
5. C.J.C.E. 13 janv. 2005, *Com. c. Espagne*, précité, pt 39; *Parking Brixen*, précité, pt 59.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

aux termes de la définition générale qu'elle donne de la notion de marché public, un «opérateur économique» (art. 1^{er}, 2., a)), elle précise aussitôt que ce terme «couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services», lesquelles «désignent toute personne physique ou morale ou *entité publique* ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offrent, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché» (art. 1^{er}, 8).

N'est donc pas conforme aux directives «matières» une législation nationale qui exclut a priori du champ d'application du droit des marchés publics les relations contractuelles entre les administrations publiques, leurs organismes publics et, d'une manière générale, les entités de droit public non commerciales, quelle que soit la nature de ces relations⁶.

Il y a trois exceptions à ce principe qui a pour effet d'embrasser et d'intégrer largement dans le droit des marchés publics les relations inter administratives des pouvoirs locaux.

Une première exception: les droits spéciaux ou exclusifs

L'article 6 de la directive 92/50 (services), devenu l'article 18 de la directive 2004/18, exclut les commandes de services à des pouvoirs adjudicateurs bénéficiant de droits spéciaux et exclusifs.

Cette exception est doublement limitée. D'une part, cette exclusion est limitée aux marchés de services. D'autre part, elle peut poser problème au regard du droit de la concurrence. Nous y reviendrons.

Une deuxième exception: les opérations internes *sensu stricto* au pouvoir adjudicateur

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur recourt, pour accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent, à ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, «il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur» de sorte qu' «il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics»⁷. Le critère identificateur d'une telle opération est l'absence de distinction sur le plan formel de l'entité prestataire par rapport au pouvoir adjudicateur.

Qu'est-ce que cela ouvre concrètement comme perspective? L'impact réel de cette exception est limité. En effet, il faut bien le constater, ce type d'organisation administrative n'est plus très en vogue. Dans les systèmes d'administration con-

6. C.J.C.E. 13 janv. 2005, *Com. c. Espagne*, précité, pts 39-40.

7. Arrêts *Stadt Halle*, précité, pt 48; *Parking Brixen*, précité, pt 61.

PIERRE NIHOUL

temporaires, l'unité de la personne morale des collectivités locales a disparu au profit de l'institution multiple d'organes dotés d'une personnalité juridique propre, particulièrement dans le domaine économique et social. Il s'ensuit que des opérations qui se seraient auparavant déroulées comme des prestations internes à une personne publique revêtent dorénavant la forme de contrats passés avec des entités personnalisées plus ou moins proches.

Une troisième exception: les opérations *in house* ou intégrées

Après en avoir rappelé les éléments constitutifs (A), il importe d'en cerner les principes d'interprétation (B) et d'apporter quelques précisions (C).

A. *Éléments constitutifs*

Cette fois, le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir local adjudicateur. Ce dernier peut-il toutefois s'exonérer de l'appel à la concurrence dans l'hypothèse où des liens étroits les unissent?

La Cour a dégagé deux conditions constitutives de l'exception *in house*. Un critère organique: le pouvoir adjudicateur doit exercer sur l'entité distincte en question un «contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services». Un critère fonctionnel: cette entité doit réaliser «l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent»⁸. Est donc assimilé à une opération interne au pouvoir adjudicateur le contrat qu'il noue avec une entité certes distincte de lui au plan formel mais non autonome par rapport à lui au plan décisionnel, cette entité lui étant dans ce cas entièrement «dédiée», voire «dévouée».

B. *Principes d'interprétation*

Ceux-ci sont au nombre de quatre. Il en résulte qu'en réalité, la voie ainsi ouverte est très étroite.

- Tout d'abord, les deux conditions sont cumulatives.
- Ensuite, elles «doivent faire l'objet d'une interprétation stricte»⁹ en tant qu'exception au principe de concurrence.
- Par ailleurs, «c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation aux dites règles existent effectivement»¹⁰.

8. Arrêts *Teckal*, précité, pt 50; du 7 déc. 2000, *ARGE*, C-94/99; du 8 mai 2003, *Com. c. Espagne*, C-349/97; *Stadt Halle*, précité, pt 49; du 13 janv. 2005, *Com. c. Espagne*, pt 38; *Parking Brixen*, précité, pt 58; du 20 oct. 2005, *Com. c. France*, C-264/03, pt 50; du 10 nov. 2005, précité, pt 34; du 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, pt 24; *Carbotermo*, précité, pt 33; du 18 janv. 2007, *Auroux*, C-220/05, pt 63; du 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05, pt 55.

9. Arrêts *Stadt Halle*, précité, pt 46; *Parking Brixen*, précité, pt 63; *ANAV*, précité, pt 26.

10. *Ibidem*.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

- Enfin, pour apprécier ces deux conditions, il faut en principe examiner la situation juridique et factuelle du tiers cocontractant à l'égard du pouvoir adjudicateur au vu des conditions prévalant à la date de l'attribution du marché public en cause, et ce pour des raisons de sécurité juridique¹¹. Sous réserve toutefois des «constructions artificielles» qui doivent être examinées en tenant compte de l'ensemble des phases distinctes mais successives de leur concrétisation ainsi que de leur finalité pour éviter de porter atteinte à l'effet utile des directives¹².

C. Précisions

Six précisions me paraissent devoir être soulignées.

1. *Éléments d'évaluation.*

De manière générale, l'existence de ces deux conditions doit être appréciée en tenant «compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes»¹³. Il faut donc procéder à une évaluation globale, tant en droit qu'en fait, du «taux de contrôle» sur l'organisme cocontractant et de sa «dépendance fonctionnelle» à l'égard du pouvoir adjudicateur.

Reprenons ensuite les éléments d'évaluation propres à chacun de ces deux critères:

- **le critère organique:** pour pouvoir être qualifié d'«analogue», le contrôle doit permettre à l'autorité publique d'exercer une «influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes» de l'entité cocontractante¹⁴.

Trois éléments d'évaluation retiennent l'attention:

1. Tout d'abord, l'intensité du contrôle sur l'organisme *in house* doit s'apprécier par rapport à l'ensemble de la gestion et des structures de l'opérateur et non eu égard au comportement particulier de ce dernier dans une procédure précise de passation de marché.
2. Ensuite, il faut se référer aux pouvoirs de contrôle tels qu'ils résultent des textes organiques et tels qu'ils peuvent s'exercer et non à la manière dont ce contrôle est effectivement exercé en pratique. L'accent est donc mis sur la capacité et la potentialité d'influence déterminante du pouvoir adjudicateur

11. Voy. notre chronique 1995-2000, *J.T.D.E.*, 2001, p. 162, n° 4.

12. Arrêt du 10 nov. 2005, précité, pts 36 à 42. Dans ce cas d'espèce, la Cour a pris en considération des événements survenus ultérieurement à cette date en raison des circonstances particulières de l'affaire, à savoir la cession de 49% des parts de l'organisme public peu après la conclusion du contrat et l'opérationnalité effective de cet organisme après ladite cession des parts.

13. Arrêts *Parking Brixen*, précité, pt 65; *Carbotermo*, précité, pt 36.

14. Arrêts *Parking Brixen*, précité, pt 65; *Carbotermo*, précité, pt 36.

PIERRE NIHOUL

- local sur l'entité, qui sont des critères que l'on retrouve traditionnellement en droit des sociétés et en droit de la concurrence¹⁵.
3. Enfin, et c'est certainement là le point le plus délicat, le critère du «contrôle analogue» implique plus
- que «la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés»¹⁶,
 - qu'une influence dominante au sens du droit des sociétés,
 - que ce qui est exigé par les directives «matières» pour la qualification de certaines entités comme pouvoirs adjudicateurs¹⁷,
 - ou que l'influence exercée par l'intermédiaire d'une société holding¹⁸.

Ce faisant, la Cour adopte une position très en pointe et énonce une condition plus stricte que le critère retenu en droit de la concurrence («le pouvoir d'influence décisive») pour apprécier des situations telles que les ententes, les abus de position dominante ou les concentrations¹⁹!

Vu cette conception très restrictive, l'opérateur *in house* ne peut consister en réalité qu'en un simple moyen instrumental sous l'entier contrôle du pouvoir adjudicateur en ce sens qu'il ne peut disposer à son égard d'aucune liberté ou autonomie décisionnelle, comme refuser une commande ou fixer les tarifs de ses prestations.

Tel est le cas d'une commune à l'égard d'une de ses entreprises spéciales lorsque le conseil communal fixe l'orientation générale, attribue le capital de dotation, assure la couverture d'éventuels coûts sociaux, vérifie les résultats de la gestion et exerce la supervision stratégique; en revanche, le contrôle de la commune devient précaire aux yeux de la Cour lorsque cet organisme communal se transforme en une société par actions vu «la nature de ce type de société», société dont l'objet social est élargi à de nouveaux domaines importants, dont le capital doit obligatoirement être ouvert à court terme à d'autres capitaux, dont le domaine territorial d'activités est élargi à l'ensemble du pays ainsi qu'à l'étranger et dont le conseil d'administration possède de très amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome²⁰. De même, une participation d'une commune à hauteur de 0,97 % dans le capital d'une intercommunale a été jugée «tellement faible qu'elle n'est pas de nature à permettre un tel contrôle»²¹.

Il se déduit aussi de ces différentes considérations que la Cour éprouve une méfiance particulière lorsque le cocontractant pressenti est une société commer-

15. Th. DELVAUX, *Le contrôle d'une société – Sens et contresens d'un concept polysémique*, *J.T.*, 2007, p. 799, pts 42 et 43.

16. Arrêts *Parking Brixen*, précité, pt 69; *Carbotermo*, précité, pt 38.

17. Concl. av. gén. sous arrêt *Stadt Halle*, précité, pt 78.

18. Arrêt *Carbotermo*, précité, pt 38.

19. Th. DELVAUX, *op. cit.*, p. 803, pts 61 et 65.

20. Arrêt *Parking Brixen*, précité.

21. Arrêt *Coname*, précité, pt 24.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

ciale, même si, par ailleurs, celle-ci est un pouvoir adjudicateur et est exclusivement détenue par une ou plusieurs personnes publiques! Le motif en est sans doute que ce statut entraîne une autonomie accrue dans le chef de l'opérateur, celui-ci acquérant «une vocation de marché qui rend précaire le contrôle» de l'autorité. Attention: en soi, cette forme juridique n'empêche pas que le critère du contrôle puisse être rempli. Mais, à tout le moins, faut-il prévoir dans ce cas des dispositions qui réservent au(x) pouvoir(s) public(s) actionnaire(s) un pouvoir spécifique de contrôle ou un droit de vote particulier de nature à restreindre la liberté d'action des organes de gestion de ladite société.

- **le critère fonctionnel:** cette entité doit exercer l'essentiel de ses activités pour le pouvoir adjudicateur. Le rapport organique étroit qui l'unit à ce pouvoir doit donc se doubler d'une quasi-exclusivité fonctionnelle au profit de ce dernier.

Quels sont les éléments d'évaluation?

1. A cet égard, il ne saurait être fait application des dispositions de la directive «secteurs spéciaux» relatives aux marchés passés entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée (pour rappel, 80 % du chiffre d'affaires moyen des trois dernières années)²².
2. La mise en oeuvre de ce critère nécessite d'identifier d'abord les missions confiées par le pouvoir adjudicateur à l'opérateur, et ce indépendamment de l'identité du bénéficiaire, et ensuite ce qu'elles représentent comme part dans l'ensemble des prestations de l'opérateur. L'accent est mis, dans l'appréciation de cette part, sur le fait de savoir si les prestations comptabilisées ont bien été commandées par la commune adjudicatrice sans avoir égard à d'autres éléments comme le fait de savoir si ces missions ont été accomplies sur le territoire de la commune ou au profit des usagers résidant dans la commune, de telles prestations pouvant avoir été commandées par des tiers.
3. En fin de compte, il faudra vérifier que l'opérateur consacre la quasi-totalité de son activité (par exemple 90 %) aux commandes passées par la ou les collectivités actionnaires ou propriétaires, la diversification de son activité ne pouvant être que marginale.

2. *Quid des partenariats public-public?*

Si l'exception *in house* concerne les relations contractuelles entre un pouvoir adjudicateur local et une entité qu'il détient intégralement²³, elle s'applique également à un opérateur détenu entièrement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Le partenariat public-public n'est donc pas exclu par principe de cette exception.

Mais l'existence d'associés publics ne suffit pas pour qualifier le contrat d'opération intégrée. Il faut en outre que les deux conditions précitées soient remplies. La question se pose alors de savoir à l'égard de quel associé? Sur ce point, la Cour a

22. Arrêt *Carbotermo*, précité, pts 51 à 55.

23. Arrêts *Teckal*, précité; *ANAV*, précité.

PIERRE NIHOUL

récemment précisé que les critères de contrôle analogue et de l'essentiel des activités peuvent être appréciés au regard de l'ensemble des autorités adjudicatrices qui détiennent cet opérateur²⁴.

Deux conséquences en découlent:

- il n'y a pas lieu d'envisager ces deux critères dans le chef du ou des seuls pouvoirs adjudicateurs concernés par le marché public en cause, ce qui aurait sinon conduit à qualifier l'opération tantôt de relation *in house* tantôt de marché public selon le statut de ??? ou des associés;
- il n'est pas non plus requis, pour que le contrôle soit considéré comme «analogue», que la majorité du capital de l'organisme soit aux mains d'une seule des personnes publiques qui détiendrait de la sorte un contrôle «déterminant» sur l'entité. Le contrôle public peut ainsi être dilué sans constituer pour autant un obstacle à son effectivité au sens où l'entend la Cour de justice.

3. *Quid des sociétés d'économie mixte, soit des organismes à capital mixte public-privé?*

A cinq reprises²⁵, la Cour a jugé que les directives marchés publics ou les principes fondamentaux du traité, tels que les articles 43 et 49 CE, doivent toujours être appliqués dans une telle hypothèse.

Le postulat de départ est le suivant: «la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause 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».

Deux raisons sont avancées à cet égard:

- D'une part, le rapport entre un pouvoir adjudicateur et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public alors que «tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente».
- D'autre part, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence «offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents».

24. Arrêts *Carbotermo*, précité; *Asemfo*, précité, pts 59-60 et 62 (il s'agissait d'une société d'Etat espagnole détenue à 99 % par l'Etat et à 1 % par 4 communautés autonomes et qui réalisait 55 % de son activité avec les communautés autonomes et 35 % avec l'Etat).

25. Arrêts *Stadt Halle*, précité, pts 49-52; *Coname*, précité, pt 26; 10 nov. 2005, précité, pts 43-50; *ANAV*, précité, pt 31; *Auroux*, précité, pt 64.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

Il en est ainsi:

- même si le ou les pouvoirs publics locaux sont l'actionnaire principal, voire quasi-exclusif, de l'opérateur dès lors qu'un tel organisme a par ailleurs des actionnaires privés, fument-ils marginaux;
- s'il apparaît que le capital de l'opérateur, intégralement aux mains de collectivités publiques à la date de la signature du contrat, est, peu après cette date, ouvert à des investisseurs privés.

Poussons le raisonnement plus loin. Qu'en est-il si le capital de l'opérateur, quoiqu'entièrement détenu par le ou les pouvoirs adjudicateurs lors de l'attribution du marché, a vocation, en vertu de ses statuts, à être ouvert à des investisseurs privés? En d'autres termes, une simple potentialité de prise de participation du secteur privé, qu'elle soit inscrite expressément ou non dans les statuts, suffit-elle?

Sur le vu d'un arrêt récent, la réponse paraît affirmative: en effet, «si, pendant la durée du contrat en cause au principal, le capital est ouvert à des actionnaires privés, l'effet d'une telle situation serait d'attribuer (le contrat) à une société d'économie mixte sans mise en concurrence, ce qui porterait atteinte aux objectifs poursuivis par le droit communautaire»²⁶.

Une telle position paraît toutefois être en opposition avec les principes de légalité et de sécurité juridique qui impliquent d'apprécier la légalité de la décision de conclure le contrat, sauf détournement de procédure ou construction artificielle, au regard des normes et des circonstances de fait existantes à ce moment-là, ce qui inclut la situation juridique et factuelle du tiers cocontractant à l'égard du pouvoir adjudicateur.

Ceci étant, cette position assez rigide de la Cour nous paraît pouvoir être rencontrée en respectant les principes de non discrimination et de transparence lors du choix du tiers privé comme futur actionnaire de l'opérateur, c'est-à-dire avant la cession de parts dans la société. Pour ce faire, le contrat est d'abord passé entre le pouvoir adjudicateur et l'opérateur public; celui-ci doit prévoir expressément une mise en concurrence des acquéreurs potentiels de parts sous peine de résolution dudit contrat; le tiers privé qui est sélectionné rentre ensuite dans le capital de l'opérateur. Un tel scénario complique néanmoins sérieusement la mise au point d'un mode de «partenariat public privé»²⁷.

4. *Permanence des critères*

Il découle de ces précisions que depuis l'arrêt *Commission/Autriche* du 10 novembre 2005, la Cour exige que les deux critères précités soient remplis en permanence.

26. Arrêt *ANAV*, précité, pts 30 à 32.

27. Voy. pour un cas d'application C.E. *b.*, *C.N.I.M.*, n° 145.163, du 30 mai 2005

PIERRE NIHOUL

Sont ainsi visés les cas suivants:

- hypothèse qui vient d'être vue dans laquelle il est satisfait aux deux critères lors de l'attribution du marché ou de la concession et où, ultérieurement au marché, une partie «fût-elle minoritaire» des parts de la société concernée serait cédée à une entreprise privée (mise en cause du critère organique);
- la situation où l'entité publique adjudicatrice ou concessionnaire se verrait attribuer d'autres marchés ou services publics, sans mise en concurrence préalable, par des collectivités publiques autres que celle qui la détient, sa diversification perdant dans ce cas son caractère marginal (mise en cause du critère fonctionnel).

5. *Quelles opérations?*

L'exception *in house* vaut autant pour les marchés publics visés par les directives «matières» que pour les marchés publics situés sous les seuils européens ou les contrats de concession de service²⁸. Elle est donc susceptible d'être invoquée à l'égard de l'ensemble des relations inter organisationnelles, qu'il s'agisse de marchés publics ou de concessions, soit tous les modes, contractuels ou unilatéraux, de dévolution d'un service public à un organisme externalisé.

6. *Quid des participations indirectes?*

Les deux critères constitutifs de l'exception *in house* sont en principe aussi applicables à des cas de figure dans lesquels l'opérateur auquel le marché est attribué est indirectement détenu par le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire des situations dans lesquelles la puissance publique à laquelle une prestation est fournie ne détient une participation à l'entité en cause que par l'intermédiaire d'une autre société²⁹.

Conclusion de la section

En substance, on aura donc égard aux indices suivants pour vérifier si les critères constitutifs de l'exception *in house* ainsi dégagés par la Cour sont d'application:

- Tout d'abord, l'opérateur, conformément à la législation nationale, est-il doté de la personnalité juridique, ce qui a pour effet de l'externaliser par rapport au pouvoir adjudicateur?
- Ensuite, d'après les textes organiques de l'entité en cause ou selon tout autre document pertinent en la matière, quelle est la répartition du capital du prestataire? Celui-ci a-t-il vocation à s'ouvrir à d'autres actionnaires, notamment privés?
- En troisième lieu, l'opérateur pressenti jouit-il de l'autonomie de gestion? Plus particulièrement, doit-il exercer les missions que lui confient les asso-

28. Arrêts *Coname*, précité, pt 28; *Parking Brixen*, précité, pt 65; *ANAV*, précité, pt 24.

29. Arrêts *Parking Brixen* et *Carbotermo* précités.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

- ciés? Est-il soumis de la part de ces derniers à des modes spécifiques et intenses de contrôle?
- Enfin, en vertu de ses statuts, l'opérateur peut-il assurer certaines prestations envers des communes, des organismes publics, voire même des particuliers ou des entreprises qui ne participent pas au groupement? Et si oui, dans quelle proportion?

§ 2 – Applications dans le domaine de la gestion des services publics locaux

Quelles sont les implications du droit européen des marchés publics sur les modes de gestion des pouvoirs locaux, plus particulièrement sur leurs relations inter organiques?

Précisons que l'hypothèse qui est ici visée concerne uniquement la dévolution conventionnelle d'une prestation par une commune à un service ou un opérateur et non la constitution même du service et de l'opérateur, laquelle sera envisagée dans la section suivante.

Il convient pour ce faire de passer en revue les différents modes de gestion qui sont à la disposition des communes pour gérer leurs services et leurs activités.

Gestion interne

Premier procédé, le service de l'administration locale, sous le contrôle du collège communal ou des bourgmestre et échevins³⁰. Il y va, dans ce cas, d'un procédé purement interne de gestion qui ne tombe pas sous le coup de la législation relative aux marchés publics, le service en question n'étant pas personnalisé.

Dans ce cas de figure, tout service qui relève de la commune peut se procurer ce dont il a besoin auprès d'un autre service communal ou lui confier l'exercice d'une mission sans jamais être tenu de le mettre en concurrence avec d'autres opérateurs.

Régie ordinaire

Seconde possibilité: la régie ordinaire, qu'elle soit communale³¹ ou provinciale³².

30. Nouvelle loi communale, art. 26bis; Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L1123-23, 8°. Pour les provinces, l'art. 63 du décret wallon du 12 février 2004 organisant les provinces wallonnes confie cette responsabilité au collège provincial.

31. Nouvelle loi communale, art. 261 et suivants; Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, articles L1231-1 à 3.

32. Décret de la Région wallonne organisant les provinces wallonnes, *op. cit.*, art. 85 à 87. Il y est précisé que «la nécessité de cette organisation fait l'objet d'une motivation spéciale fondée sur l'existence d'un besoin spécifique d'intérêt public qui ne peut pas être satisfait de manière efficace par les services généraux ou les établissements de la province et qui fait l'objet d'une description précise» (art. 85, § 1er, 1°).

PIERRE NIHOUL

Dans ce cas, les activités sont gérées en-dehors des services généraux de la commune par un organe qui n'est toutefois pas doté de la personnalité juridique. Vu l'absence de personnalité juridique distincte, la même conclusion s'impose.

Régie autonome

La régie autonome constitue une troisième voie.

Cette fois, l'organisme est doté de la personnalité juridique. En outre, ce procédé de gestion est réservé aux activités que le Roi – aujourd'hui le gouvernement régional – considère comme industrielles ou commerciales³³. Deux arrêtés royaux, pris sur cette base, reconnaissent assez singulièrement ce caractère à l'exploitation d'infrastructures à vocation culturelle, sportive, touristique ou de divertissement³⁴, de même que la gestion d'infrastructures affectées à l'enseignement et à des activités sociales, scientifiques ou de soins³⁵.

Les relations contractuelles entre cette entité et la commune ou la province sont donc en principe assujetties au droit des marchés publics pour autant que les autres conditions relatives à l'existence d'un marché public soient remplies.

Les accords entre la régie autonome et la commune peuvent-ils bénéficier de l'exception *in house*? Deux aspects doivent être envisagés:

1. La régie autonome est-elle un organisme purement communal ou peut-elle constituer un mode de partenariat public-public, voire public-privé?

Il y a là matière à discussion.

- La législation permet certes que des membres du conseil d'administration de la régie autonome ne soient pas des conseillers communaux et puissent représenter des personnes morales de droit public ou de droit privé.
- Toutefois, d'autres indices en faveur du caractère communal de la régie peuvent être relevés.

Tous les membres des organes de gestion sont désignés par le conseil communal.

Les mandataires communaux doivent y disposer de la majorité.

33. Nouvelle loi communale, art. 263*bis*; Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L1231-4 à 11; décret wallon du 12 février 2004 organisant les provinces wallonnes, *op. cit.*, art. 88 à 95.

34. A.R. du 10 avril 1995 déterminant les activités à caractère industriel ou commercial pour lesquelles le conseil communal peut créer une régie communale autonome dotée de la personnalité juridique, *M.B.*, 13 mai 1995.

35. A.R. du 9 mars 1999 modifiant et complétant l'arrêté royal du 10 avril 1995, *M.B.*, 15 juin 1999.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

En outre, la régie autonome est créée par le seul conseil communal unilatéralement, c'est-à-dire par voie de fondation, et non par voie d'association avec d'autres communes, d'autres collectivités publiques, voire des partenaires privés.

Enfin, la régie autonome n'étant pas une société ne dispose pas comme tel d'un capital social de sorte qu'il ne peut y avoir une prise de participation d'autres entités publiques ou du secteur privé.

Qu'en penser? A s'en tenir aux termes des arrêts de la Cour en matière de société d'économie mixte, il est permis d'avancer que la seule présence d'administrateurs privés, même si celle-ci est nécessairement minoritaire, dans les organes de gestion de la régie autonome l'empêche de bénéficier de l'exception *in house*.

Il faut donc en conclure à ce stade que seules les régies autonomes dont les organes de gestion sont composés exclusivement de mandataires publics, sans pour autant être nécessairement des conseillers communaux, ne doivent pas respecter le droit de la commande publique dans leurs relations contractuelles avec la commune qui les ont créées.

2. Même si la régie autonome est purement communale, voire publique, en ce qui concerne ses organes de gestion, il ne faut pas pour autant négliger la vérification des deux critères constitutifs de la relation *in house*. Ainsi qu'il a été vu, le caractère public de l'opérateur est une condition nécessaire mais non suffisante.

A cet égard, il faut bien constater sur le seul vu de la législation que la régie autonome dispose d'une véritable autonomie de gestion et que le contrôle du conseil communal sur les organes de gestion est assez mince et de nature purement informative. Il en résulte que, sous réserve toutefois de dispositions statutaires en sens contraire, le critère du contrôle analogue n'est pas rempli³⁶.

La Commission européenne ne s'y est pas trompé. Dans deux lettres de mise en demeure adressées à la Belgique les 16 octobre 2002 et 16 décembre 2003, la Commission a estimé que la régie autonome est une structure personnalisée, dont les organes peuvent être ouverts à des partenaires privés et disposent d'importants pouvoirs de gestion. Dans sa réponse du 24 février 2004, la Belgique a fait valoir le caractère unilatéral de la création de la régie par le conseil communal ainsi que les prérogatives de contrôle du conseil communal sur la régie. Dans sa lettre du 21 décembre 2007³⁷, la Commission a proposé de classer la procédure d'infraction mais uniquement en ce qui concerne les entités mixtes, se réservant le droit de poursuivre ladite procédure en ce qui concerne les entités publiques.

36. *Contra* la position de la Région wallonne exprimée par le Ministre des Affaires intérieures, C.R.I., Commission des Affaires intérieures et de la Fonction publique, séance du 17 novembre 2005, 2005-2006, n° 33, p. 8-9.

37. Lettre qui fait suite aux circulaires du 11 juillet 2006 de la Région de Bruxelles-Capitale portant sur les relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs, M.B., 13 octobre 2006, p. 54.834 et du 13 juillet 2006 de la Région wallonne portant sur les relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs, M.B., 27 juillet 2006, p. 36.756.

PIERRE NIHOUL

La coopération intercommunale

Quatrième voie, la constitution d'une intercommunale³⁸.

La relation contractuelle entre une commune et une intercommunale est-elle soumise au droit des marchés publics? Il faut envisager deux questions successives.

1. La commune, pouvoir adjudicateur, est-elle ou non membre associé de l'intercommunale?
 - Si la commune n'est pas membre associé de l'intercommunale, la solution s'impose aisément. Le contrat de prestation est dans ce cas un marché public soumis au droit de la commande publique. Comment en effet le critère du contrôle analogue pourrait-il être rempli dans ce cas de figure? L'intercommunale est un véritable tiers par rapport à la commune sollicitante ou concédante.
 - Si la commune est membre associé de l'intercommunale, il faut alors envisager l'autre question.
2. L'intercommunale est-elle pure ou mixte?
 - Si l'intercommunale comprend des partenaires privés dans son capital social et/ou dans ses organes de gestion, elle ne peut être considérée comme un opérateur entièrement dédié à la commune affiliée de sorte que la prestation commandée par la commune devra respecter les règles de passation des marchés publics.
 - Si l'intercommunale n'est composée que d'associés communaux ou d'associés communaux et publics (provinciaux, régionaux, autres intercommunales, ou organismes publics), son caractère personnalisé, et donc extérieur à la commune adjudicatrice, entraîne l'obligation de vérifier si les deux critères inhérents à la relation *in house* sont remplis.

Concrètement:

- soit l'intercommunale a été créée en vue de gérer une ou plusieurs activités déterminées exclusivement au profit des associés: dès lors qu'elle se consacre exclusivement à sa mission, sous réserve d'une diversification purement accessoire, et que les collectivités associées ont les moyens de contrôler le strict respect de l'objet ou des objets statutaires pour le(s)quel(s) elle a été constituée, notamment par des pouvoirs statutaires qui vont au-delà du contrôle ordinaire des actionnaires, le recours à cette intercommunale est libre de toute contrainte;
- soit l'intercommunale se voit confier une ou plusieurs missions déterminées mais sans que celle(s)-ci soi(en)t limitée(s) aux seuls associés (p. ex. la ges-

38. Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L1512-3. Pour les communes bruxelloises, la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales, *M.B.*, 26 juin 1987, continue à s'appliquer. Les provinces wallonnes se voient expressément reconnaître la faculté de participer aux intercommunales, voire de les créer, sous réserve d'en motiver spécialement l'initiative (décret wallon du 12 février 2004 organisant les provinces wallonnes, *op. cit.*, art. 96).

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

tion de parkings ou d'abattoirs sans préciser qu'il ne s'agit que des parkings ou des abattoirs communaux) ou sans que les associés ne disposent de pouvoirs de contrôle suffisants: dans ce cas, l'intercommunale ne jouit pas du statut privilégié réservé aux opérateurs dédiés.

Les associations sans but lucratif

Le même raisonnement doit être tenu à l'égard des nombreuses associations sans but lucratif auxquelles recourent ou participent fréquemment tant les communes que les provinces. Celles-ci possèdent en effet la personnalité juridique et peuvent regrouper des associés soit uniquement publics soit des associés publics et privés. Dans le premier cas, il conviendra en outre de vérifier l'effectivité des deux critères délimitant l'opérateur in house.

Les coopérations public-privé

Ces coopérations qui prennent la forme de sociétés d'économie mixte, de groupements d'intérêt public, d'associations de coopération ou de syndicats mixtes se sont vues dénier par la Cour de justice la qualification d'opération *in house*.

§ 3 – Applications dans le domaine de l'organisation

Remontons plus en amont, c'est-à-dire lors de la constitution du service public local. La liberté d'administration des collectivités territoriales qui se traduit notamment par le libre choix du mode d'organisation de leurs services publics, bien entendu parmi ceux reconnus ou autorisés par la loi ou le décret, est reconnue tant par le droit interne que par le droit européen. En effet, le droit communautaire est en principe neutre à l'égard du type de structure adopté par les pouvoirs publics.

Ce principe est-il remis en cause par le droit des marchés publics? En soi, non.

A. *Ainsi, la mise en place d'un service administratif interne ou d'une régie ordinaire ne nécessite pas la mise en concurrence d'opérateurs au travers d'une procédure de passation de marché dès lors que la collectivité ne s'adresse pas à un tiers mais organise unilatéralement ses propres services.*

B. *Il en va de même de la création d'une régie autonome. Ce mode d'organisation ne recourt en effet à aucun contrat dès lors que la régie autonome est issue du procédé unilatéral de la fondation.*

C. *Qu'en est-il lorsque plusieurs communes s'associent soit entre elles, soit en partenariat avec d'autres acteurs publics, soit en association avec des partenaires privés? Ce sera le cas lors de la création d'une intercommunale, sous la forme d'une société commerciale ou d'une A.S.B.L., d'une société d'économie mixte ou d'un syndicat d'études.*

PIERRE NIHOUL

Le contrat d'association ou de société qui est conclu à cet effet entre les différents partenaires ou associés ne nous paraît pas appréhendé par le droit des marchés publics. Pour plusieurs raisons:

1. Tout d'abord, les obligations de transparence et de publicité ne sont pas applicables aux décisions d'organisation administrative relatives à la répartition des compétences entre les autorités administratives en vertu de l'article 45 du Traité CE.
2. Un tel contrat n'est pas un contrat à titre onéreux. Au sens strict, il n'y a pas de contrepartie financière à la mise en commun de moyens financiers, techniques et/ou humains. Le transfert de moyens budgétaires des associés vers la structure commune ne constitue pas un prix.
3. Plus largement, l'objet de l'opération n'est pas de passer commande d'une prestation de fournitures ou de services contre rémunération mais de s'associer dans une structure commune de coopération ou de gestion pour l'exercice de certaines compétences³⁹. Comme on le voit, la convention relative à la création d'une structure commune participe d'une autre logique, qui est institutionnelle et organisationnelle, que celle qui préside à l'obtention d'une commande publique.
4. Enfin, la plupart du temps, la constitution d'un opérateur commun s'accompagne du transfert par les associés, du moins publics, du ou des secteurs d'activités correspondant à l'objet social du nouvel opérateur. A cet effet, les collectivités publiques associées octroient à l'entité commune, par une disposition contractuelle ou statutaire, un droit exclusif ou de substitution systématique dans le ou les domaines considérés. Or, les directives «matières» excluent précisément, comme on l'a vu⁴⁰, de leur champ d'application les droits exclusifs résultant de dispositions législatives ou réglementaires reconnues conformes au traité et portant sur des prestations de services. Il faut signaler que dans ce cas, il y a dessaisissement des compétences concernées au profit de la structure commune; les prestations effectuées par la suite par cette structure au profit des associés constituent non pas des contrats mais des décisions d'exécution du transfert initial de compétences, c'est-à-dire des statuts.

S'associer avec un ou plusieurs partenaires privés dans une structure commune n'implique donc pas, par lui-même, dans le chef de la personne publique de respecter les obligations de mise en concurrence contenues dans le droit dérivé des marchés publics.

39. Interrogé au sujet de la compatibilité avec les articles 45 et 90, § 2, du Traité CE de la décision d'une commune de choisir, sans procéder à un appel d'offres préalable, une société financière comme coassocié dans une société à capitaux publics locaux majoritaires ayant pour objet la gestion du service de collecte des déchets solides, la Cour de justice a malheureusement estimé que les dispositions en cause «ne trouvaient pas à s'appliquer dans une situation telle que celle au principal, dont tous les éléments se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre» (Arrêt du 9 septembre 1999, *RI.SAN. Srl*, C-108/98).

40. *Cf. supra*, Section 1, § 2.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

Trois nuances doivent toutefois être apportées par rapport à ce constat:

1. L'apport du partenaire privé doit être pur et simple, c'est-à-dire uniquement rémunéré en droits sociaux. En d'autres termes, le partenaire privé doit subir, comme les associés publics, les aléas sociaux liés à la gestion de la structure commune. Par contre, dès lors que le partenaire privé se voit octroyer une rémunération en contrepartie de son apport, le contrat acquiert un titre onéreux et est soumis aux règles des marchés publics. Cette rémunération peut ainsi prendre la forme du versement d'une redevance annuelle ou de l'octroi d'un dividende privilégié permettant au partenaire privé de rentabiliser son investissement.

2. Qu'en est-il des entités mixtes public-privé constituées spécialement en vue de la réalisation d'un projet déterminé?

Dans ce cas de figure, le partenaire privé est sélectionné non seulement eu égard à son *know-how*, c'est-à-dire à la qualité de son apport à son expérience technique ou financière, mais aussi en fonction du projet qu'il propose. Ce faisant, l'association *ab initio* de ce partenaire n'est pas envisagée, dans le chef de ses concepteurs, comme le préalable à une procédure de mise en concurrence mais implique en réalité de lui confier ledit projet, ce qui revient à choisir l'opérateur qui effectuera la prestation concernée.

Eu égard à la *ratio legis* des directives communautaires, attribuer au partenaire privé déjà présent dans la structure commune la réalisation du projet, pour autant que celui-ci relève bien entendu du droit des marchés publics, sans en respecter les obligations, revient à détourner cette réglementation. Une telle attribution ne peut se faire dans le chef de l'entité mixte ainsi constituée sans mise en concurrence préalable et sans publicité, ce qui réduit fortement l'intérêt de la formule, à tout le moins pour le partenaire privé.

Afin de remédier à un tel inconvénient, il est toutefois possible, comme le suggère d'ailleurs la Commission dans son Livre vert sur les partenariats public-privé⁴¹, de prévoir cette mise en concurrence en amont de la constitution de la structure mixte, soit lors du choix du futur associé privé. Cette possibilité semble somme toute logique puisqu'il s'agit finalement de sélectionner celui qui sera le plus à même de réaliser par après la mission spécifique assignée à la structure mixte. Comment effectuer cette mise en concurrence?

- Cette sélection doit se faire selon la Commission en respectant non pas les directives marchés publics mais les règles du Traité, à savoir les principes généraux de transparence, de non discrimination et de publicité⁴².
- Dans l'affaire C.N.I.M. contre INTRADEL⁴³, le Conseil d'Etat a toutefois été plus loin puisqu'il a considéré que le moyen retenu pour réaliser

41. 30 avril 2004, COM(2004) 327 final.

42. Livre vert précité, pt 46.

43. N° 145.163 du 30 mai 2005.

PIERRE NIHOUL

l'ouvrage en cause, une nouvelle usine de valorisation énergétique des déchets, «réside dans la création d'une société d'économie mixte avec la société INOVA France» et «qu'il s'agit incontestablement d'un contrat à titre onéreux» soumis à la loi sur les marchés publics. Il s'ensuit que les procédures de passation des marchés publics doivent être respectées dans un tel cas de figure.

3. La constitution d'une structure commune entièrement publique, c'est-à-dire composée exclusivement d'associés publics ou l'affiliation d'une commune à une telle structure déjà constituée n'échappe au droit des marchés publics qu'en cas de transfert complet du secteur d'activités concerné, en ce compris la propriété du réseau ou des infrastructures. On en revient en quelque sorte à la théorie de la substitution élaborée à la suite d'un ancien arrêt du Conseil d'Etat⁴⁴.

C'est ce qui découle d'un arrêt récent du Conseil d'Etat, S.A. CODITEL BRABANT, n° 173.079, du 3 juillet 2007.

En l'espèce, une commune exploite elle-même son réseau communal de télédistribution. Plutôt que de le vendre à un tiers, elle décide de s'affilier à une intercommunale pure de télédistribution, de rester propriétaire de son réseau et d'en confier la gestion à l'intercommunale à laquelle elle s'affilie; elle perçoit en contrepartie de l'intercommunale des redevances annuelles. Cette décision d'affiliation a été jugée par le Conseil d'Etat comme constituant une concession de service public soumise aux exigences du droit communautaire. A juste titre me semble-t-il: la commune n'a pas transféré l'activité en question à l'intercommunale mais s'est contentée de passer commande auprès de l'intercommunale en vue d'une prestation de services, à savoir la gestion du réseau de télédistribution, qui reste communal. On ne doit qu'au fait que la gestion du service est rémunérée par les abonnements perçus auprès des consommateurs dudit service de voir cette opération qualifiée de concession de services plutôt que de marché de services.

44. C.E., *A.S.B.L. Fédération nationale des entrepreneurs routiers*, n° 21.624, du 2 décembre 1981. P. DELAHAUT, *L'arrêt Fédération nationale des entrepreneurs routiers ou la fin du socialisme municipal*, *A.P.T.*, 1983, pp. 76 et s.

Section 2 Le droit de la concurrence

§ 1 – *Applicabilité du droit de la concurrence*

Le droit de la concurrence ne concerne que les entreprises et, de ce fait, que les activités économiques.

Les procédés retenus par les pouvoirs locaux pour accomplir les tâches d'intérêt public qui leur incombent ne sont donc appréhendés par le droit européen de la concurrence que pour autant qu'ils concernent des prestations économiques.

Toutefois, cette restriction de l'application du droit européen de la concurrence aux services publics locaux n'est qu'apparente. En effet, la Cour de justice interprète très largement les notions d'entreprises et d'activités économiques.

A. *La notion d'entreprise*

Depuis son arrêt de principe du 23 avril 1991 (*HÖFNER*, C-41/90), la même formule est systématiquement reprise par la Cour, à savoir: «(...) dans le contexte du droit de la concurrence (...), la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement».

Ni le statut juridique de l'entité considérée, ni la qualité de ses créateurs, propriétaires ou gestionnaires, ni son mode de financement ne constituent des facteurs décisifs de la qualification d'entreprise. Toutes les entités qui exercent des activités économiques sont donc assujetties au droit de la concurrence.

Il s'ensuit que même si une entité interne ou externe à un pouvoir public gère une activité économique sans disposer d'un véritable pouvoir décisionnel, celui-ci appartenant au pouvoir public précité, cette mission ne perd pas pour autant sa nature économique. La Cour a en effet admis qu'un organe intégré dans l'administration générale d'un Etat peut être une entreprise⁴⁵.

Faisons le lien avec le droit de la commande publique: si l'absence de liberté d'action de l'entité externe à laquelle est attribuée une prestation de services ou de fournitures de biens peut éluder, en vertu de l'exception *in house*, l'application des règles relatives aux marchés publics ou, pour les concessions de service ou les marchés publics sous les seuils européens, celles du Traité relatives au marché intérieur, cette circonstance n'est, par contre, pas déterminante pour dénier à une

45. Arrêt du 16 juin 1987, *Com./Italie*, C-118/85.

PIERRE NIHOUL

activité sa nature économique. Un organisme public local «dédié» n'échappera pas dès lors, pour ce motif, aux règles du droit de la concurrence.

B. La notion d'activités économiques

Selon une jurisprudence également constante de la Cour, au sens du droit européen de la concurrence, «constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné».

Pour déterminer si une activité assumée par un opérateur public est économique, la Cour recourt au faisceau d'indices. Parmi ceux-ci, les critères déterminants sont la nature des missions accomplies et l'existence ou non d'une rémunération.

Sans entrer dans le détail et donc dans les nuances, échappent à cette qualification:

1. certaines missions en raison de leur nature, soit, d'une part, les activités mettant en jeu des prérogatives de puissance publique (justice, armée, police,...) et, d'autre part, les missions exercées sans possibilité de rentabilité économique, telles que la protection sociale;
2. les activités dont la nature économique n'est pas exclue mais qui sont prestées sans rémunération; en quelque sorte, le caractère social de la mission altère son caractère économique (p. ex. le placement de travailleurs)⁴⁶.

Seules les activités économiques sont visées. Qu'en est-il dans ce cas des services publics locaux à double visage, soit ceux qui exercent à la fois des activités purement administratives et des activités économiques? Si le service public en cause intervient assurément en qualité d'entreprise au sens du droit de la concurrence pour les activités économiques, tel n'est pas automatiquement le cas lorsqu'il exerce les activités purement administratives sauf à reconnaître qu'elles sont l'accessoire ou le prolongement obligé des activités économiques⁴⁷.

En quoi dès lors le droit de la concurrence peut-il concerner les pouvoirs publics locaux sous l'angle de leurs relations avec leurs services publics?

Il faut bien le constater: les missions qui restent assumées en interne *sensu stricto* par les pouvoirs publics locaux sont, pour la plupart, des activités purement administratives ou sociales, bref des activités non économiques; par contre, les prestations qui sont confiées soit par transfert d'un secteur d'activités soit par dévolution

46. Voir la communication de la Commission du 26 avril 2006 sur les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne, COM (2006) 177 final; P. THIEFFRY, Les services sociaux d'intérêt général sont-ils des entreprises?, *A.J.D.A.*, 2007, pp. 1331 à 1337.

47. Arrêt du 24 octobre 2002, *Aéroports de Paris*, C-82/101.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

conventionnelle ponctuelle à des opérateurs publics personnalisés concernent pour l'essentiel des activités économiques telles qu'elles viennent d'être définies. Il s'ensuit que la plupart des procédés de gestion auxquels recourent les collectivités locales constituent des entreprises au sens du droit de la concurrence et y sont soumis.

L'application du droit européen de la concurrence aux services publics locaux à caractère économique a des conséquences sur leur mode de gestion, sur leur mode d'organisation et sur leur mode de financement.

§ 2 – *Mode de gestion*

Les entités locales, publiques ou mixtes, personnalisées ou non, doivent respecter les articles 81 et 82 du Traité CE lorsqu'elles exercent des activités économiques.

Précision importante: ces deux dispositions s'appliquent à ces organismes lorsqu'ils agissent, non pas comme détenteurs de la puissance publique, mais comme opérateurs économiques. Ainsi, l'article 81 CE, qui s'applique, d'après ses termes, aux accords «entre entreprises», ne vise pas, en principe, les contrats de concession conclus entre une commune agissant en sa qualité d'autorité publique et le concessionnaire chargé d'un service public⁴⁸.

A. *Article 81*

Les entités locales, internes ou externes, peuvent conclure avec d'autres entreprises, privées ou publiques, des accords susceptibles de comprendre des clauses d'exclusivité. Les droits exclusifs qui sont créés par de tels accords sont soumis à l'article 81, lequel prohibe les accords entre entreprises qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre les Etats membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun⁴⁹. Tel est le cas d'accords destinés, dans le cadre d'une mise en concurrence, à déposer des offres concertées notamment quant au prix ou à se répartir différents marchés.

B. *Article 82*

Il en va de même en matière d'abus de position dominante régi par l'article 82 du Traité CE. La position dominante d'un service public local peut résulter d'une attribution, unilatérale ou conventionnelle, d'un droit spécial ou exclusif par une collectivité locale, ce qui en soi n'est pas illicite. L'article 82 s'appliquera toutefois si cet organisme en abuse.

48. Voir, en ce sens, arrêts du 4 mai 1988, *Bodson*, C-30/87, pt 18; *Coname*, précité, pts 12 à 14.

49. Arrêts *Bodson*, précité, pt 18; 27 avril 1994, *commune d'Almelo*, C-393/92, pts 27 à 31; *Coname*, précité, pt 12.

PIERRE NIHOUL

C. Liens avec le droit des marchés publics

Tentons d'articuler ici aussi le droit des marchés publics et le droit de la concurrence. L'hypothèse envisagée est la suivante: un opérateur public local est candidat à une commande publique; ce faisant, il exerce dans ce segment de marché une activité d'opérateur économique. Quelle est l'incidence du droit des marchés publics et du droit de la concurrence à l'égard de sa candidature?

Trois aspects retiennent l'attention:

1. La candidature de personnes publiques à une procédure de marché public n'élude pas l'application du droit dérivé ou primaire des marchés publics sous réserve des trois exceptions vues ci-avant⁵⁰. L'opérateur public local devra donc se plier aux procédures de mise en concurrence, c'est-à-dire soit celles qui sont formalisées dans les directives «matières», soit celles imaginées sur la base de l'obligation de transparence issue des principes d'égalité et de non discrimination expressément affirmés par les articles 43 et 49 du Traité CE. Cette réponse de principe vaut-elle en cas de participation à une procédure de marché public d'entreprises et d'organismes bénéficiant de subventions publiques dès lors que ces subventions, quelle qu'en soit la nature, permettent éventuellement à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs concurrents qui ne bénéficient pas de telles subventions?

La Cour a répondu positivement à cette question⁵¹:

- le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires n'est pas violé au seul motif que le pouvoir adjudicateur admet à participer à une procédure de passation d'un marché public des organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs, des subventions;
- toutefois, les pouvoirs adjudicateurs seraient en droit d'exclure un soumissionnaire au cours de la procédure de sélection, s'il s'avère qu'il a reçu une aide non conforme au traité et que l'obligation de restituer l'aide illégale mettrait en danger sa santé financière, de sorte que ce soumissionnaire peut être considéré comme n'offrant pas les garanties financières ou économiques requises;

50. Cf. *supra*, chap. Ier, section I, §§ 2, 3 et 4.

51. Arrêt du 7 décembre 2000, *ARGE*, C-94/99. Voy. aussi C.E., *IGRETEC*, n° 104.014 du 27 février 2002: «qu'en droit, aucune disposition légale ou réglementaire n'interdit à un pouvoir adjudicateur d'admettre à une procédure de marché public la candidature d'une autre personne de droit public, dès lors que cette dernière réunit les conditions prévues pour pouvoir participer au marché concerné; que la nature de personne de droit public de la requérante, non plus que son intérêt, conforme à son objet social, pour les problèmes liés à l'épuration des eaux, n'étaient de nature à justifier qu'elle soit écartée de la procédure négociée envisagée;».

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

- par ailleurs, admettre de tels soumissionnaires subventionnés ne constitue ni une discrimination déguisée ni une restriction à la libre circulation des services contraires à l'article 49 du traité dès lors qu'en règle générale, les aides sont octroyées à des entreprises installées sur le territoire de l'État membre qui les dispense. L'inégalité de traitement qui en découle pour les entreprises d'autres États membres, est donc inhérente à la notion d'aide d'État.
2. La participation d'une personne publique à une procédure de marché public peut aussi poser problème en termes de conflits d'intérêts. Il en va particulièrement ainsi lorsque l'opérateur public local entretient avec le pouvoir adjudicateur des liens étroits sans être toutefois un organisme *in house*.

Cette question peut être abordée sous deux angles:

- celui des articles 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (secteurs classiques) et 65 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 (secteurs spéciaux), qui établissent une présomption d'incompatibilité en cas de participation d'un candidat qui a collaboré, de près ou de loin, à la conception d'un marché ou à la rédaction des documents du marché;
- celui de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 (art. 8 de la loi du 15 juin 2006) qui présume l'existence d'un conflit d'intérêts lorsqu'il y a des intérêts financiers (l'agent est, lui-même ou par personne interposée, propriétaire, copropriétaire ou associé actif de l'une des entreprises soumissionnaires, ou exerce en droit ou en fait, lui-même ou par personne interposée, un pouvoir de direction et de gestion).

Nous renvoyons à cet égard à la contribution de Philippe FLAMME dans le présent ouvrage.

3. La personne publique qui soumissionne à un marché public peut dans ce cadre se livrer à des pratiques anticoncurrentielles, c'est-à-dire agir dans le cadre ou à la suite d'une entente ou abuser de sa position dominante, et dès lors contrevenir aux articles 81 et 82 du Traité CE.
- Le marché pertinent pour apprécier la légalité de tels comportements correspond dans ce cas au champ d'application contractuel, soit à l'objet du marché. L'opérateur public local ne se trouve pas sur ce plan dans une position privilégiée face à ses concurrents; il ne peut en effet fausser la concurrence par de tels agissements et doit respecter le régime des articles 81 et 82 du Traité CE.

§ 3 – Modes d'organisation

Détentrices de la puissance publique, les collectivités locales peuvent accorder à leurs organismes, en vue d'accomplir les missions dont ils ont été investis, des droits spéciaux ou exclusifs. Les droits exclusifs ou spéciaux conférés par des pouvoirs locaux rentrent dans le champ d'application de l'article 86, § 1^{er}, du Traité

PIERRE NIHOUL

CE⁵². En vertu de cette disposition, ces collectivités ne peuvent, à cette occasion, édicter ou maintenir des mesures contraires aux règles communautaires.

Selon l'article 2, alinéa 1^{er}, de la directive 80/723/CEE du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques, devenu l'article 2 de la directive 2006/111/CE du 16 novembre 2006,

- ces droits sont exclusifs lorsqu'ils réservent à une entreprise le droit de fournir un service ou d'exercer une activité sur un territoire donné: c'est la situation de monopole;
- ces droits sont spéciaux lorsqu'ils limitent le nombre d'entreprises autorisées
- ou confèrent à une ou plusieurs entreprises des avantages pour fournir le service ou exercer l'activité sur un territoire donné.

En soi, ces droits exclusifs ou spéciaux ne sont pas illicites. En effet, «il résulte des termes clairs de l'article 86, § 1^{er}, CE que celui-ci n'a pas de portée autonome, en ce sens qu'il doit être lu en combinaison avec les autres règles pertinentes du traité»⁵³.

Ils peuvent être contraires au droit communautaire:

1. en raison de la procédure et de leurs conditions d'octroi: ce sera le cas d'une attribution arbitraire et sans mise en concurrence préalable, laquelle est contraire aux articles 43 (liberté d'établissement) et 49 (libre prestation des services) du traité CE, et donc aussi à l'article 86, § 1^{er}⁵⁴. L'octroi de tels droits doit donc en principe intervenir au terme d'une procédure objective et transparente.

Les restrictions ainsi apportées à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services peuvent néanmoins être admises au titre des mesures dérogatoires visées aux articles 45, 46 et 55 du Traité CE ou, à défaut, être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général pour autant qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre⁵⁵.

Par ailleurs, ces obligations ne doivent pas être respectées, d'une part, lorsque l'activité ainsi réservée sans mise en concurrence ne revêt pas un caractère économique, puisque dans ce cas, elle n'est pas soumise au droit de la concurr-

52. Arrêt *Bodson* précité.

53. Pour des arrêts récents, voyez 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05, pt 40; 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium SA*, C-250/06, pt 15.

54. «Il résulte de l'article 86, § 1, CE que les États membres ne doivent pas maintenir en vigueur une législation nationale qui permet l'attribution de concessions de services publics sans mise en concurrence dès lors qu'une telle attribution viole les articles 43 CE ou 49 CE ou encore les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence» (arrêts *Parking Brixen*, précité, pt 52; *ANAV*, précité, pt 23; du 18 décembre 2007, *Empresas*, C-220/06, pt 77).

55. Voy. notamment les arrêts du 5 juin 1997, *SETTG*, C-398/95, pt 21; du 28 octobre 1999, *ARD*, C-6/98, pts 50 et 51; du 6 novembre 2003, *Gambelli*, C-234/01, pt 60; du 5 décembre 2006, *Cipolla e.a.*, C-94/04 et C-202/04, pt 61.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

rence, et, d'autre part, lorsque les conditions de l'exception *in house* sont remplies. La Cour a en effet appliqué cette exception à l'octroi de concessions de service⁵⁶;

2. en raison de leur contenu et de leurs effets: tel est le cas lorsque les droits spéciaux ou exclusifs conférés régulièrement et correctement entraînent par eux-mêmes une violation
 - soit des règles relatives à la libre circulation des biens ou des services: ce sera le cas de restrictions discriminatoires comme le fait de favoriser les entreprises, les consommateurs ou les usagers nationaux par rapport à ceux des autres États membres, ou de contraintes ayant pour effet de rendre la prestation de services entre États membres plus difficile que la prestation de services purement interne à un État membre;
 - soit des règles relatives à la concurrence, comme le fait de restreindre l'étendue ou la qualité des biens et des services disponibles⁵⁷;
3. en raison du comportement du titulaire des droits exclusifs ou spéciaux.

Qu'en retenir?

L'octroi de droits spéciaux ou exclusifs par les collectivités locales aux organismes locaux à caractère économique doit s'opérer de manière objective et transparente par le biais d'une mise en concurrence. Peu importe que cet octroi soit le résultat d'une réglementation nationale ou locale, d'un acte unilatéral (par le biais d'un agrément ou d'une autorisation) et même d'un contrat. La Cour de justice applique en effet les articles 43 et 49 du Traité CE et les principes qui en découlent aux procédures d'attribution de concessions de services qui sont de la sorte soumises à une obligation de transparence destinée à garantir, par une publicité adéquate, la mise en concurrence des candidats potentiels et le contrôle de l'impartialité de la procédure⁵⁸.

56. C.J.C.E., arrêts *Parking Brixen* et *ANAV* précités. Dans le même sens, l'arrêt *Coname*, précité, pts 23 à 26.

57. Selon une jurisprudence constante de la Cour, le simple fait de créer une position dominante par l'octroi de droits spéciaux ou exclusifs au sens de l'article 86, § 1^{er}, CE n'est pas, en tant que tel, incompatible avec l'article 82 CE. Un État membre n'enfreint les interdictions édictées par ces deux dispositions que lorsque l'entreprise en cause est amenée, par le simple exercice des droits spéciaux ou exclusifs qui lui ont été conférés, à exploiter sa position dominante de façon abusive ou lorsque ces droits sont susceptibles de créer une situation dans laquelle cette entreprise est amenée à commettre de tels abus (arrêts du 23 mai 2000, *Sydhavnens Sten & Grus*, C-209/98, pt 66; du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99, pt 39; du 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, pt 23; du 13 décembre 2007, *United Pan-Europe Communications Belgium SA*, C-250/06, pt 17).

58. Arrêts *Telaustria e.a.*, précité; 30 mai 2002, *Buchhändler-Vereinigung GmbH e.a.*, C-358/00; *Coname*, précité, pts 9 et 16; *Parking Brixen*, précité, pts 42 et 46; 20 oct. 2005, précité, pts 32-33; *Contse*, précité, pt 23; 6 mars 2007, *Placanica*, C-338, 359 et 360/04, pt 45; 13 sept. 2007, *Com. c. Italie*, C-260/04, pts 22 à 25.

PIERRE NIHOUL

Deux exceptions de taille toutefois qui sont en lien avec le droit des marchés publics:

1. De telles garanties ne doivent pas être respectées lorsqu'il s'agit d'un organisme dédié. Ce faisant, la collectivité locale renforce, si l'organisme local était déjà dédié, ou assure, si tel n'était pas encore le cas, le caractère *in house* de l'opérateur local pour autant que ses activités soient quasi exclusivement consacrées aux collectivités locales qui le possèdent. Conséquence paradoxale de cette juxtaposition du droit des marchés publics et du droit de la concurrence: cette situation d'organisme *in house* permet aux collectivités locales de leur confier de nouvelles missions sans observer les règles relatives aux marchés publics.
2. Les pouvoirs locaux peuvent également s'exonérer d'une procédure de mise en concurrence aux fins de l'octroi de tels droits en invoquant les mesures dérogatoires expressément prévues aux articles 45 et 46 du Traité CE ou des raisons impérieuses d'intérêt général admises par la jurisprudence de la Cour pour autant que soit respecté le principe de proportionnalité, ce qu'il appartient aux autorités concernées de démontrer⁵⁹.

Toutefois, dans les deux cas, ces droits spéciaux ou exclusifs ne seront admissibles que pour autant qu'ils n'induisent pas, par leur nature ou par leurs effets, des restrictions discriminatoires ou anti-concurrentielles ou que les opérateurs locaux eux-mêmes n'agissent pas de la sorte.

§ 4 – Modes de financement

Selon l'article 87, § 1^{er}, du Traité CE:

«Sauf dérogations prévues par le présent Traité, sont incompatibles avec le Marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre Etats membres, les aides accordées par les Etats ou au moyen de ressources d'Etat sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions».

Pour qu'une mesure puisse être qualifiée d'aide d'Etat au sens de l'article 87, § 1^{er}, quatre conditions cumulatives doivent être réunies:

1. L'aide doit avoir une origine étatique, c'est-à-dire une intervention à caractère financier de l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat. A cet égard, la notion d'Etat doit être entendue largement puisqu'elle «vise tous les niveaux de pouvoirs publics, à savoir, l'Etat central (gouvernements et administration), les autorités fédérées ou décentralisées telles que les Etats fédérés, les régions, les provinces, les communes et autres collectivités locales»⁶⁰ de sorte que «les

59. Arrêts *Gambelli, Placanica e.a.* et *Com. c. Italie*, précités.

60. J.-M. COMMUNIER, *Le droit communautaire des aides d'Etat*, L.G.D.J., Paris, 2000, p. 22; J.P. KEPPELNE, *Guide des aides d'Etat en droit communautaire, Réglementation, jurisprudence et pratique de la Commission*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 109; C.J.C.E., 8 mars 1988, *Exécutif régional wallon et S.A. Glaverbel*, C-62/87.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

aides accordées par des entités régionales et locales des Etats membres, quels que soient le statut et la désignation de celles-ci, sont soumises à l'examen de conformité à l'article (87) du Traité»⁶¹;

2. cette intervention doit affecter les échanges entre les Etats membres;
3. la mesure d'aide doit avoir un caractère sélectif: un avantage doit être accordé à certaines entreprises, c'est-à-dire à toute entité exerçant des activités de nature économique (*cf. supra*), ce qui peut englober des opérateurs public locaux;
4. cet avantage doit provoquer une distorsion de la concurrence.

En ce qui concerne notre sujet, la question qui se pose est de savoir si les avantages financiers versés par les collectivités locales aux opérateurs économiques publics locaux constituent ou non une aide d'Etat? Plus précisément sont visés les avantages destinés à compenser les surcoûts supportés par ces opérateurs en raison de contraintes ou d'obligations de service public qui leur ont été imposées.

L'enjeu est le suivant:

- Si les compensations financières aux obligations de service public sont constitutives d'aides d'Etat, elles doivent, en vertu de l'article 88, § 3, être notifiées à la Commission avant leur mise en œuvre et ne peuvent être mises à exécution tant qu'elle ne s'est pas prononcée sur leur compatibilité avec le marché commun. Pour les déclarer compatibles, la Commission peut se fonder sur les clauses dérogatoires classiques des articles 87, §§ 2 et 3, CE. Un effet direct a été reconnu à l'obligation de notification⁶² de sorte que l'absence de notification peut déboucher sur la suspension, voire la récupération de ladite compensation.
- Si, à l'inverse, ces compensations ne sont pas constitutives d'aides d'Etat, «elles peuvent être décidées et versées sans que la Commission en soit informée ni a fortiori qu'elle ait procédé à leur examen au regard des règles du traité»⁶³.

Tranchant la controverse, la Cour de justice⁶⁴ a posé quatre conditions cumulatives qui permettent d'écarter la qualification d'aide d'Etat à l'égard d'une mesure de financement d'un service public: la première condition a trait à la qualification de service d'intérêt général alors que les trois suivantes concernent le calcul de la compensation octroyée (paramètres de calcul et analyse des coûts).

En outre, la Commission a adopté le 28 novembre 2005 trois mesures qualifiées de «paquet post-Altmark». A ce stade du raisonnement, nous retiendrons la troi-

61. J-M. COMMUNIER, *op. cit.*, p. 22; C.J.C.E., 15 mars 1994, *Banco Exterior de España*, C- 387/92.

62. Arrêts du 11 décembre 1973, *Lorenz*, C-120/73; du 27 novembre 1991, *Saumon*, C-354/90, pt 11.

63. D. RITLENG, *op. cit.*, p. 1013.

64. Arrêts du 24 juillet 2003, *Altmark Trans*, C-280/00; du 24 novembre 2003, *Enirisore SpA*, C-34/01 à 38/01.

PIERRE NIHOUL

sième de ces mesures, à savoir la modification de la directive «transparence»⁶⁵. Cette modification oblige toute entreprise qui reçoit une compensation de service public et qui exerce d'autres activités que celle de SIEG, «quelque soit la qualification juridique de ces compensations au regard de l'article 87, § 1^{er}», à tenir des comptes séparés. Il s'ensuit que les entreprises qui reçoivent des compensations de service public répondant aux critères de l'arrêt Altmark, soit des compensations qui ne sont pas des aides d'Etat, sont également soumises à cette obligation. «Seule la tenue d'une comptabilité séparée permet en effet d'identifier les coûts imputables au service d'intérêt économique général, et de calculer le montant correct de la compensation»⁶⁶.

§ 5 – *Dérogation: l'article 86, § 2, CE*

Cette disposition prévoit une dérogation aux différentes règles de la concurrence rappelées ci-dessus en faveur des «services d'intérêt économique général» pour autant que deux conditions soient remplies.

A. *Eléments constitutifs*

Trois éléments sont constitutifs de cette dérogation, laquelle doit être interprétée et donc appliquée de manière restrictive.

I. Pour pouvoir en bénéficier, l'entreprise, privée ou publique, doit tout d'abord être chargée d'un service d'intérêt économique général (en abrégé, SIEG): d'une part, la mission d'intérêt général doit résulter d'un acte de la puissance publique, unilatéral ou conventionnel; d'autre part, il doit y aller d'obligations spécifiques imposées en vue de réaliser certains objectifs d'intérêt public. A cet égard, il y a lieu de préciser qu'«il ne découle ni du libellé de l'article 86, § 2, CE ni de la jurisprudence relative à cette disposition qu'une mission d'intérêt général ne peut être confiée à un opérateur qu'à l'issue d'une procédure d'appel d'offres»⁶⁷.

II. L'application des règles du Traité fait échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. En d'autres termes, la dérogation aux règles communautaires doit être nécessaire pour pouvoir réaliser la mission d'IEG dans des conditions économiquement acceptables. Ainsi, une entreprise locale chargée d'un SIEG doit démontrer qu'elle ne peut mettre en oeuvre cette activité dans des conditions économiquement acceptables sans certains avantages, tels que des droits exclusifs ou spéciaux, qui lui ont été octroyés pour ce faire.

65. Directive 2005/81/CE de la Commission du 28 novembre 2005 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques ainsi qu'à la transparence financière dans certaines entreprises, *J.O.C.E.*, L 312, du 29 novembre 2005, pp. 47-48.

66. M. DONY, *op. cit.*, p. 151.

67. T.P.I., du 15 juin 2005, *Olsen c. Com.*, T-17/02, pt 239.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

III. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de la Communauté. Il revient à la Commission de définir l'intérêt communautaire et le seuil d'atteinte à celui-ci. Il s'agit ici de concilier les objectifs de libre concurrence avec les obligations de SIEG dans le respect du principe de proportionnalité.

B. Applications

Pour autant que les trois éléments précités soient rencontrés, l'article 86, § 2, précité peut être invoqué:

- soit par l'opérateur public local pour justifier un comportement contraire aux règles communautaires en matière de concurrence;
- soit par les pouvoirs publics locaux pour justifier la légalité des mesures qu'ils prennent en dérogation aux mêmes règles communautaires.

Cette dérogation concerne ainsi tant les modes de gestion de l'opérateur (les ententes illicites et l'abus de position dominante) que ses modes d'organisation (les droits exclusifs ou spéciaux dont il bénéficie) et ses modes de financement.

Ainsi,

- en ce qui concerne le mode d'organisation des services publics, des droits spéciaux ou exclusifs ont été admis à titre dérogatoire dans les secteurs du transport aérien⁶⁸, des services postaux⁶⁹, de l'énergie⁷⁰, de l'aménagement⁷¹, des fonds de pension⁷², des centres de traitement de déchets⁷³, ou du transport de malades⁷⁴.

A chaque fois pour autant qu'ils apparaissent comme étant nécessaires à la réalisation des obligations spécifiques d'IEG de manière viable sur le plan financier et dans des conditions économiquement acceptables;

- en ce qui concerne le mode de financement, il y a lieu de revenir au paquet post-Altmark adopté le 28 novembre 2005 par la Commission, plus précisément sur la première des trois mesures, à savoir la décision du 28 novembre 2005 relative aux compensations de services publics⁷⁵.

68. Arrêt du 11 avril 1989, *Ahmed Saeed*, C-66/86.

69. Arrêts du 19 mai 1993, *Corbeau*, C-320/91; du 10 février 2000, *Deutsche Post*, C-147/97 et 148/97.

70. Arrêts du 23 octobre 1997, *Com. c. Italie*, C-158/94 et C-159/94.

71. Arrêt du 18 juin 1998, *Corsica Ferries*, C-226/96.

72. Arrêts *Albany*, C-67/96, *Brentjens*, C-115/97 à 117/97, et *Drijvende Bokken*, C-219/97, tous du 21 septembre 1999.

73. Arrêt du 23 mai 2000, *FFAD*, C-209/98.

74. Arrêt du 25 octobre 2001, *Ambulanz Glöckner*, C-475/99.

75. Décision n° 2005/842/CE de la Commission du 28 novembre 2005 concernant l'application des dispositions de l'article 86, § 2, du traité CE aux aides d'Etat sous forme de compensations de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *J.O.C.E.*, L 312, du 29 novembre 2005, pp. 67-73.

PIERRE NIHOUL

Cette décision, basée sur l'article 86, § 3, CE, définit les conditions dans lesquelles certains types de compensations de service public qui constituent des aides d'Etat sont néanmoins compatibles avec l'article 86, § 2, du traité et exempte, sous certaines conditions, de l'obligation de notification préalable les compensations satisfaisant à ces conditions.

Elle s'applique aux compensations de moins de 30 millions? octroyées aux entreprises dont le chiffre d'affaires annuel moyen n'atteint pas 100 millions? et aux compensations de service public, ici sans plafond, octroyées aux hôpitaux et aux entreprises de logement social qui exercent des activités qualifiées de SIEG par l'Etat membre concerné.

Deux conditions doivent en outre être remplies: les compensations doivent être accordées sur la base d'un mandat des autorités publiques qui doit revêtir certaines caractéristiques et elles ne doivent pas être excessives.

Il s'ensuit que dans une large mesure, les financements des services publics locaux bénéficient de cette décision et échappent dès lors aux lourdes charges entourant la procédure de compatibilité d'une aide d'Etat.

C. Liens avec le droit des marchés publics

Comme on vient de le voir, la notion de «service d'intérêt économique général» occupe une place centrale dans le droit de la concurrence dès lors qu'elle constitue, pour les opérateurs publics notamment locaux, une dérogation aux règles de la concurrence dans les conditions prévues par l'article 86, § 2, du Traité CE.

Par contre, la qualification de «service d'intérêt économique général» reconnue à telle ou telle mission qui est attribuée de manière conventionnelle par une collectivité locale à une entité interne ou externe à celle-ci est indifférente au regard des règles relatives aux marchés publics; ces services sont en effet comme toutes les autres activités soumis aux obligations de mise en concurrence prévues par le droit des marchés publics.

Conclusions

Aux fins de reprendre de manière synthétique les relations entre le droit des marchés publics et le droit de la concurrence, telles que nous avons tenté de les dégager, il paraît opportun d'envisager *in limine* les services publics locaux sous un angle fonctionnel, c'est-à-dire à partir de leurs activités.

- A.** Lorsque l'activité en cause n'est pas une activité économique,
- les règles du droit de la concurrence ne s'appliquent ni aux opérateurs locaux eux-mêmes, en ce qui concerne leur mode de fonctionnement ou de gestion, ni

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

- aux relations entre les pouvoirs publics locaux et leurs opérateurs, tant en ce qui concerne leurs modes d'organisation que leur financement;
- les règles relatives aux marchés publics semblent en principe s'y appliquer. Quoique, et c'est là ouvrir une nouvelle discussion, des éléments récents sont susceptibles de remettre en question cette conclusion. D'une part, les nouvelles directives «matières» du 31 mars 2004 parlent d'«opérateur économique» pour désigner de manière générale le futur contractant du pouvoir adjudicateur. D'autre part, la récente directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur⁷⁶, dite directive BOLKENSTEIN, exclut de son champ d'application les services d'intérêt général non économiques (art. 2 et considérant n° 17) aux motifs que ces derniers ne relèvent pas des règles du traité CE en matière d'établissement et de libre prestation des services; dès lors que les services d'intérêt général non économiques ne relèvent pas des règles du marché intérieur, il pourrait être contesté qu'ils tombent sous le coup des directives sur les marchés publics, celles-ci étant fondées sur celles-là.

B. Lorsque l'activité en cause est une activité économique, il faut à nouveau distinguer deux situations:

1. Les pouvoirs publics locaux décident de fournir eux-mêmes en interne une activité économique.
Dans ce cas, le droit des marchés publics ne s'applique pas. Par contre, les règles du Traité en matière de concurrence peuvent s'appliquer aux services internes de l'administration, ceux-ci n'échappant pas en soi à la notion fonctionnelle d'entreprise. Tout au moins pour les articles 81 et 82 du Traité CE, les autres dispositions ne s'appliquant pas à défaut d'externalisation de la prestation.
2. Les pouvoirs publics locaux confient la mission économique à un tiers.
Le principe est que tant les règles relatives aux marchés publics que les règles en matière de concurrence s'appliquent.

Quelle est l'incidence de l'éventuelle qualification de l'activité, objet du marché ou de la concession, comme SIEG? Si elle a un impact en matière de concurrence via l'article 86, § 2, du Traité CE, elle n'en a aucun en revanche sur l'application des règles relatives aux marchés publics, qu'elles soient issues du droit primaire ou dérivé, et n'exonère donc pas les pouvoirs publics locaux du respect des obligations de mise en concurrence et de transparence lors de l'octroi ou du transfert d'une telle mission.

⁷⁶. *J.O.C.E.*, L 376, 27 décembre 2006.

PIERRE NIHOUL

Trois possibilités existent néanmoins pour permettre aux collectivités locales d'échapper à ces règles:

- tout d'abord, s'il s'agit d'un marché public au sens des directives «matières», en commandant, conformément à l'article 6 de la directive 92/50/CE, devenu l'article 18 de la directive 2004/18/CE, des services à des pouvoirs adjudicateurs bénéficiant de droits spéciaux et exclusifs. En relation avec le droit de la concurrence, il y a lieu d'observer, à l'égard des entreprises privées qui s'estiment capables de satisfaire les mêmes besoins d'intérêt général que l'organisme concerné, que la protection des concurrents de ces organismes de droit public est déjà garantie par les articles 81 et suivants du traité CE, car l'application de l'article 6 de la directive 92/50 est subordonnée à la condition que les dispositions législatives, réglementaires et administratives qui sont à la base du droit exclusif dont l'organisme bénéficie soient compatibles avec le traité⁷⁷;
- ensuite, s'il s'agit d'un marché non soumis aux directives «matières», comme les concessions de service ou les marchés sous les seuils européens, en invoquant, comme justifications de l'absence de mise en concurrence, les dérogations prévues par les articles 45, 46 et 55 du Traité CE ou des raisons impérieuses d'intérêt général;
- enfin, en invoquant dans les deux cas l'exception *in house* selon les critères dégagés par la Cour de justice.

Cette dernière exception permet donc aux organismes dédiés des pouvoirs publics locaux d'échapper à la mise en concurrence pour l'obtention ou le transfert de certaines missions à caractère économique. Elle crée ce faisant une position privilégiée en faveur des services instrumentaux propres des administrations. Bien qu'ils soient, de jure, des moyens propres de l'administration, ils sont placés, de facto, dans la position d'opérateurs privilégiés du marché. Un tel modèle d'organisation est-il compatible avec l'article 86, § 1^{er}, CE, qui, combiné avec les autres règles du Traité CE, interdit pareilles formes d'inégalité de traitement?

La réponse à cette question nous paraît positive dans les deux situations suivantes:

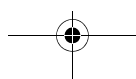
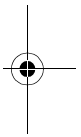
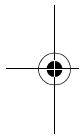
- Soit le privilège en question est admissible dès lors qu'il a été attribué de manière objective et transparente à ces services, sauf précisément si ceux-ci bénéficient de l'exception *in house*. En d'autres termes, les services qui remplissent les critères constitutifs de cette exception bénéficient de dérogations tant au droit des marchés publics qu'aux règles relatives à la concurrence.

77. Voy. à ce sujet C.J.C.E., du 18 décembre 2007, *Empresas*, C-220/06, pts 64 à 68.



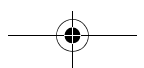
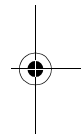
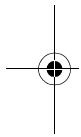
LES SERVICES PUBLICS LOCAUX A L'EPREUVE DU DROIT EUROPEEN

- Soit le privilège qui résulte de l'exception *in house* est considéré comme une violation des règles relatives à la concurrence. Il ne serait alors admissible que dans les conditions prévues par l'article 86, § 2, CE.





PIERRE NIHOUL





CHAPITRE 3 LA THÉORIE DU «IN HOUSE» ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

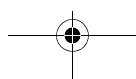
par
Dirk VAN HEUVEN
et Sofie LOGIE
Avocats (association Publius)

Section 1 *Introduction*

1. La théorie du «in house», théorie utilisée au cours de ces dernières années dans le cadre des marchés publics, et principalement dans l'arrêt TECKAL du 18 novembre 1999¹, a fait couler beaucoup d'encre².

On entend tout d'abord par «in house» ou «inbesteding» la situation dans laquelle une autorité exécute une prestation en interne, avec ses *propres* moyens et personnel («en régie»), et donc au sein d'une seule et même personne morale.

1. C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal srl*, C-107/98, <http://www.europa.eu.int/cj>.
2. Pour un aperçu de la doctrine néerlandophone: C. DE KONINCK et V. PETITAT, "Inbesteding zonder aanbesteding", *NjW* 2005, 1084-1085; C. DE KONINCK et V. PETITAT, "Inbesteding zonder aanbesteding. Aanscherping van de voorwaarden in het Parking-Brixen-arrest van het Hof van Justitie", (note sous C.J.C.E. 13 octobre 2005, C-458/03), *NjW* 2005, 1233-1235; G. LAENEN, "Aanbesteding, inbesteding, verzelfstandiging en PPS: de strenge hand van Europa en de gevolgen voor de (lokale) besturen. Een overzicht", *C.D.P.K.* 2006/3, 583-622; G. LAENEN, "Het Asemfo-arrest: eindelijk een lichtpunt in de duisternis?", (note sous C.J.C.E., 19 avril 2007, C-295/05), *T.Gem.* 2007/4, 331-337; M. VOREL et N. VAN NULAND, "Een recente ontwikkeling in het Europese aanbestedingsrecht. Hoofdpijnen uit de rechtspraak over inbesteding", *T.B.O.* 2007, 58-64; M. VOREL et N. VAN NULAND, "Een nieuwe uitzondering op de aanbestedingsregels?", *T.B.O.* 2007, 165-170.



DIRK VAN HEUVEN

Bien que rien n'aille expressément en ce sens dans les Directives européennes³ ou dans la loi belge du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics⁴, il est présumé qu'une mission «in house» n'est en principe pas soumise à la réglementation européenne et nationale en matière de marchés publics, vu l'absence d'un contrat⁵.

L'absence d'une définition légale de la notion de «prestation in house» est cependant devenue plus problématique à cause des possibilités croissantes pour lesquelles les autorités peuvent, conformément à leur législation nationale, «privatiser» certaines activités, les exécuter seules ou en collaboration avec d'autres autorités, sous la forme ou non d'une personne morale distincte. La question est alors de savoir la mesure dans laquelle les prestations que le(s) participant(s) confie(nt) à de telles entités peuvent encore être considérées comme «in house»?

2. Depuis l'arrêt *TECKAL*, la Cour de justice des Communautés européennes a procédé dans sa jurisprudence au développement de certaines conditions *cumulatives*.

Cette jurisprudence particulièrement péremptoire fait qu'une coopération *entre autorités*, sans l'application de la réglementation sur les marchés publics, n'est plus une évidence⁶.

On ne peut cependant pas nier qu'une telle chose présente de nombreux avantages, tant sur le plan financier, logistique et pratique, qu'en termes de qualité de la prestation de services, et ce plus particulièrement pour les communes⁷.

3. Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *Journal officiel de l'Union européenne*, L 134, 30 avril 2004 (secteurs d'utilité publique) et Directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation de marchés publics de travaux, de fournitures et de services. *Journal officiel de l'Union européenne* L 134, 30 avril 2004 (secteurs classiques).
4. Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.* 22 janvier 1994.
5. La non-applicabilité de ces règles découle logiquement du non-respect des conditions d'application requises: il est uniquement question d'un marché public lorsqu'il est question d'un "contrat" (voir définition du marché public dans l'article 2 de la Directive 2004/17 et 2004/18). Afin de pouvoir parler de contrat, on doit être en présence d'au moins deux parties "séparées". Conclure un contrat avec soi est impossible.
6. Il a longtemps été admis qu'une commune faisant appel à une intercommunale ne devait pas faire appel à la concurrence. Voir par exemple: J. VAN NIEUWENHUIZEN, "Opdrachten van een gemeente aan een intercommunale vereniging waarvan zij vennoot is: is de wet op de overheidsopdrachtenreglementering van toepassing?", *Binnenband* 2007, octobre, 14.
7. Peuvent être cités comme avantages possibles: une réduction de coûts et une simplification administrative considérables, une mise en œuvre plus rationnelle et efficace du personnel: un seul membre du personnel peut réaliser le même travail pour différentes communes, de sorte qu'une spécialisation soit également possible; une grande organisation de différentes communes peut également mieux influencer les niveaux de politique supérieurs; facilite la recherche de solutions à des problèmes qui dépassent les frontières communales; concurrence mutuelle et surenchère sont évités; ce qui induit une certaine stabilité de la politique.

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

Ces réflexions sont à la base de l'élargissement des nombreuses formes possibles de coopération intercommunale du décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale⁸.

La création d'un lien de coopération intercommunale, qu'il convient en outre de considérer comme une prolongation de la commune, n'a cependant de sens que lorsque les participants peuvent également, sans l'application de la réglementation relative aux marchés publics, confier certaines tâches à ce lien de coopération.

3. Cette contribution examine en profondeur l'interprétation qu'il est donné en Flandre de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre de «inbesteding», et ce en rapport avec les possibilités de coopération entre communes qu'offre le décret.

Vu que les possibilités de coopération entre les communes en Flandre divergent de celles de la Région wallonne⁹ et bruxelloise¹⁰, seront tout d'abord examinées les différentes formes de collaboration prévues par la législation flamande.

Les lignes directrices de la théorie «in house», telle qu'exprimée jusqu'à ce jour¹¹ dans la jurisprudence de la Cour de justice, seront ensuite expliquées, avant de les appliquer à la situation des liens de coopération intercommunale en Flandre.

Il sera finalement examiné comment certains liens de coopération intercommunale «flamands» et les communes y participant gèrent cette problématique de «in house». Certains exemples issus des secteurs classiques et d'utilité publique seront donnés à titre d'illustration¹².

8. Décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale, *M.B.* 31 août 2001, entré en vigueur le 10 novembre 2001. Pour de plus amples informations relatives au contenu et aux conséquences du décret, voir entre autres: J. DEBIEVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het decreet van 6 juli 2001 houdende intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002, 91 – 171; F. VANDENDRIESSCHE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden en private partners", *C.D.P.K.* 2002, 325 – 343; J. DEBIEVRE, "Intergemeentelijke samenwerkingsverbanden, privaatrechtelijke deelgenoten en het Arbitragehof: it takes three tot tango", *T.Gem.* 2003, 247-265.
9. Décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, *M.B.* 7 février 1997. Voir en guise d'introduction M. BOVERIE, "Les intercommunales wallonnes", *Mouv. Comm.* 1997, 289-307; P. DEBROUX, "Les intercommunales en région wallonne depuis le décret du 5 décembre 1996", *C.D.P.K.* 1998, 158-168 et L. DERIDDER, "Het Decreet van het Waalse Gewest van 5 december 1996 betreffende de intercommunales (*M.B.* 7 février 1997)", *De Gem.* 1997, 502-507.
10. Les dispositions de la Loi du 22 décembre 1986 sont toujours d'application dans la Région de Bruxelles-Capitale.
11. Il est tenu compte de la jurisprudence de la Cour de justice jusqu'au 1^{er} janvier 2008.
12. On entend par secteurs d'utilité publique: les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

DIRK VAN HEUVEN

Section 2

Quelles sont les possibilités de coopération que prévoit le décret portant réglementation de la coopération intercommunale?

4. Jusqu'en 2001, la coopération entre communes était réglementée par la loi (fédérale) du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales¹³, où seule l'intercommunale¹⁴ était prévue comme structure de coopération.

En 2001, cependant, avec le décret portant réglementation de la coopération intercommunale (decreet houdende de intergemeentelijke samenwerking, abrégé en DIS), le gouvernement flamand a opté pour un nouveau cadre organique¹⁵.

5. La principale nouveauté du décret consiste en le fait que les communes qui désirent collaborer entre elles ne sont plus tenues de se reporter à la seule forme juridique d'intercommunale. Elles peuvent désormais, en fonction de leurs besoins et objectifs, faire leur choix dans un *menu* de structures de coopération.

Le décret prévoit une seule association sans personnalité morale, à savoir *l'association interlocale*, et trois associations ayant une personnalité morale, à savoir *l'association de projet*, *l'association prestataire de services* et *l'association chargée de mission*.

A côté de l'aspect présent ou non de personnalité morale, le « poids » d'une structure de coopération est également déterminé par la mesure du transfert de gestion. On entend par transfert de gestion, l'attribution par les communes participantes à une structure de coopération de la mise en œuvre des décisions qu'elles ont prises dans le cadre des objets de cette structure, étant entendu que les communes participantes s'interdisent le droit d'accomplir la même mission seules ou avec le concours de tiers¹⁶. Ce n'est qu'en cas d'association chargée de mission qu'il est question de transfert de gestion¹⁷.

13. *M.B.* 26 juin 1987. Pour un commentaire plus approfondi, voir: X, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, 563 p.

14. Une intercommunale est une structure de coopération de droit public entre deux ou plusieurs communes, qui dispose d'une personnalité morale et qui a été créée et est gérée sur la base des statuts qui sont convenus sur une base volontaire entre les participants impliqués, dans l'objectif de défendre des questions d'intérêt communal (voir R. MAES, "De intercommunale als vorm van bestuurlijke organisatie", dans X, *De intercommunales*, Brugge, Vanden Broele, 1992, 13).

15. Et ce en opposition au Décret des Intercommunales wallonnes, qui lui se base sur la Loi du 22 décembre 1986.

16. Article 12 § 1 du décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

17. Article 12 § 2 du décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

Cette association est celle qui, avec l'association prestataire de services, se rapproche le plus de l'intercommunale, telle que visée par la loi du 22 décembre 1986.

6. L'association interlocale (*'interlokale vereniging'*) est une structure de coopération *sans* personnalité morale et sans transfert de gestion, créée pour la réalisation d'un projet bien défini d'intérêt communal (art. 6 à 9 du décret)¹⁸.

Suite à l'absence d'une personnalité morale, cette association bénéficie de la structure la plus simple. L'association interlocale est fondée sur une convention à portée statutaire qui comprend certaines dispositions obligatoires¹⁹. Cela ne veut cependant pas dire que l'on dispose d'une grande liberté de choix quant au contenu de cette convention et que chaque personne morale privée ou publique peut y participer.

La convention peut stipuler que l'une des communes participantes sera désignée commune gestionnaire, lieu du siège et représentante de l'association interlocale. La commune gestionnaire peut employer les membres de son personnel dans cette structure de coopération conformément aux conditions définies dans la convention et moyennant le respect des droits de ce personnel²⁰.

Il n'y a à côté de cela qu'un comité de gestion revêtant un rôle général de coordination. Ce comité de gestion est composé d'au moins un représentant par participant, désigné pour les communes parmi les conseillers communaux, le bourgmestre et les échevins. Il va pratiquement de soi qu'il s'agit ici de projets d'ampleur limitée, tant en termes de participants que d'objectifs. De cette manière, les communes peuvent, par le biais d'une association interlocale, harmoniser leur politique dans certains domaines tels que la culture, le bien-être et le sport²¹. La plupart des associations interlocales sont dans le secteur sportif²².

Cette forme de coopération est assez comparable à la possibilité qu'offrait l'article 28 de la loi du 22 décembre 1986, qui prévoyait la possibilité aux communes et

18. Pour un commentaire plus approfondi sur l'association interlocale: M. VERHULST, "De interlokale vereniging, een nieuw samenwerkingsmodel voor de Vlaamse steden en gemeenten", *Binnen-Band* 2002, nr. 27, 1-4.

19. Entre autres la durée et l'éventuelle reconduction, la possibilité de résiliation, l'éventuel apport des participants et les modalités de gestion de ces apports, l'organisation interne, les droits et devoirs mutuels et les répercussions financières, l'information des participants et l'évaluation annuelle par les conseils communaux, l'établissement des comptes et l'affectation du résultat, le contrôle financier, la liquidation. (article 7 décret portant réglementation de la coopération intercommunale).

20. Article 8 du décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

21. Circulaire BA 2002/01 du 11 janvier 2002, *M.B.* 14 février 2002.

22. Donc, par exemple, Sportregio Antwerpse Kempen est une coopération des communes de Brasschaat, Brecht, Essen, Kalmthout, Kapellen, Schoten, Stabroek, Wuustwezel et de la province d'Anvers, dans l'objectif de «stimuler et mettre en adéquation la politique sportive – dans le sens le plus large du terme – des participants susmentionnées, de créer et d'entretenir une concertation intercommunale de laquelle des activités et projets sportifs intercommunaux découlent».

DIRK VAN HEUVEN

intercommunales de contracter, pour une durée déterminée, soit mutuellement²³, soit entre une commune et une intercommunale, et ce dans le cadre de certains services et livraisons bien définis, étant bien entendu que d'autres personnes morales et publiques pouvaient également participer à l'association interlocale.

7. L'association de projet (*'projectvereniging'*) est une structure de coopération avec personnalité morale, à la structure fortement simplifiée, privée du transfert de gestion, visant à assurer la planification, la mise en oeuvre et le contrôle d'un projet clairement défini²⁴.

Elle est comparable à l'association interlocale en termes d'ampleur et d'objectif. Elle va cependant un pas plus loin puisqu'elle dispose d'une personnalité morale, avec tout ce que cela implique (par exemple la possibilité d'intervenir de manière autonome dans le commerce juridique, d'avoir son propre personnel, de recevoir des subsides, d'exproprier, ...).

Contrairement à l'association interlocale, tout le monde ne peut participer à une association de projet: il ne peut s'agir que de communes, de provinces (ces dernières pour maximum 20 % du capital), de régions communales autonomes, de CPAS et leurs associations, et d'autres associations de projet, associations de prestation de services et associations chargées de mission. En ce qui concerne ce point, les mêmes règles sont d'application que celles pour les associations prestataires de services et chargées de mission.

L'association de projet est constituée pour une période maximale de six ans, reconductible.

Tout comme dans le cas d'une association interlocale, aucune prescription spéciale approfondie n'a trait à sa création. Il suffit que toutes les communes participantes émettent leur approbation lors de la création des statuts, dont le contenu est au choix.

La structure interne d'une association de projet reste relativement simple: il n'y a qu'un conseil d'administration, dans lequel toutes les communes participantes sont représentées.

Par le passé, des associations de projet avaient déjà été créées pour la politique territoriale d'une zone bien définie (par exemple *Projectvereniging voor aanvullend grondbeleid* dans la zone de canal gantoise), la promotion du tourisme (par exemple

23. Il a été remarqué que la possibilité de conclure des conventions entre intercommunales, prévue dans l'article 28 de la loi Intercommunales, n'est pas reprise dans les dispositions du décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

24. Article 12 § 2, 1° du décret portant réglementation de la coopération intercommunale. Pour une explication plus détaillée de l'association de projet, voir: M. VERHULST, "De projectvereniging – Voor gemeenten die op een soepele manier willen samenwerken", *BinnenBand* 2002, nr. 28, 5-9.

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

Tourisme Midden-Limburg), la promotion de la coopération entre les différents acteurs culturels (par exemple *Overleg Cultuur Zuid-West-Vlaanderen*) et la gestion d'une piscine (par exemple *Projectvereniging Willebroek – Kapelle-op-den-bos (WIKA)*).

8. L'association prestataire de services (*'dienstverlenende vereniging'*) est une structure de coopération *sans* transfert de gestion visant à assurer à l'usage des communes participantes un service auxiliaire clairement défini et relevant, le cas échéant, de plusieurs domaines d'action²⁵.

L'association prestataire de services a principalement une fonction de soutien au profit de ses participants lors du développement d'activités dans des domaines pour lesquels les participants ne peuvent ou ne veulent transférer leur pouvoir de gestion, comme c'est par exemple le cas du développement régional. Les participants continuent donc, vu l'absence du transfert de gestion, de jouir librement de leur droit de décision de confier ou non une certaine prestation à la structure de coopération.

Contrairement à l'association interlocale et à l'association de projet, il ne s'agit généralement pas d'un seul projet clairement défini, mais bien d'un vaste panel de services, dont *toutes* les activités ne sont pas nécessairement à l'égard de *tous* les participants.

Sa création est préparée par un organe de concertation, constitué de délégués des communes initiatrices, et est donc relativement compliquée.

Les associations prestataires de services peuvent être constituées pour des périodes de maximum dix-huit ans, il est vrai reconductibles.

L'organisation interne va un peu plus loin que les structures de coopération souples déjà citées. En plus du conseil d'administration, l'association prestataire de services doit également disposer d'une assemblée générale. Cette assemblée générale, dans laquelle les communes participantes disposent toujours de la majorité des voix, doit se réunir au moins deux fois par an. A côté de cela, l'association prestataire de services *peut* disposer d'un comité de direction pour la direction quotidienne et/ou de comités consultatifs.

Des exemples d'associations prestataires de services sont les sociétés de développement régional (par exemple *Leiedal*, *Interkommunale Ontwikkelingsmaatschappij voor de Kempen (IOK)*), les sociétés de financement (par exemple *Financieringsvereniging voor de gemeenten van Gaselwest (FIGGA)*) et le financement et la création d'habitations pour les personnes moins valides (par exemple *Blijdorp III*).

9. L'association chargée de mission (*'opdrachthoudende vereniging'*) est une structure de coopération *avec* transfert de gestion à laquelle est confiée par les communes participantes la mise en œuvre d'une ou de plusieurs de leurs attributions relevant d'un ou de plusieurs domaines d'activité connexes²⁶.

25. Article 12, § 2, 2° du décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

26. Article 12 § 2, 3° du décret portant réglementation de la coopération intercommunale.



DIRK VAN HEUVEN

L'association chargée de mission est la forme la plus poussée de coopération et est celle qui, comme nous l'avons déjà indiqué, correspond le plus à l'intercommunale telle que visée par la loi du 22 décembre 1986. En raison du transfert de gestion, les communes ne décident plus de manière indépendante de l'exécution des tâches, mais confient cette décision à la structure de coopération. Les activités transférées sont par conséquent exécutées *à la place* des communes. Les communes ne disposent en la matière de plus aucune compétence de décision pour exécuter *elles-mêmes* les activités. Il s'agit donc d'une activité statutairement transférée.

Pour le reste, la structure de cette association est analogue à celle d'une association prestataire de services.

Des exemples typiques d'associations chargées de mission sont les intercommunales de déchets et les gestionnaires de réseaux de distribution.

10. L'une des nouveautés les plus frappantes et les plus controversée du décret est l'interdiction absolue de participation des personnes de droit privé aux structures de coopération ayant une personnalité morale²⁷.

D'autre part, le décret prévoit, et c'est également nouveau, la possibilité pour l'association prestataire de services et l'association chargée de mission d'à leur tour prendre une part dans des personnes morales de droit public ou privé (article 78 du décret). Trois conditions doivent ici être remplies:

1. l'objet social de ces personnes morales correspond aux objets de l'association;
2. la législation relative aux marchés publics est respectée;
3. au moins un mandat d'administrateur doit être attribué à l'association prestataire de services ou chargée de mission²⁸.

Autre nouveauté également: la possibilité qu'a une structure de coopération intercommunale de participer dans une autre²⁹.

11. Conformément à l'article 79, § 1^{er}, le décret est entré en vigueur dix jours après sa publication au *Moniteur Belge*. Vu que cette publication date du 31 octobre 2001, le décret est entré en vigueur le 10 novembre 2001.

27. Avec cette mesure notable, le législateur décrétal tend à organiser une concurrence libre entre les prestataires de services publics et le secteur privé et espère garantir la liberté de choix des administrations publiques.

28. Article 78 du décret portant réglementation de la coopération intercommunale. Le prolongement de l'administration locale reçoit donc un champ d'action plus large que les communes donnant mandat, pour qui une telle possibilité de participation, à l'exception des possibilités prévues dans le Décret communal et quelques mandats spéciaux, parmi lesquels la possibilité de prendre une part dans les entreprises pour la production, le transport et la distribution d'énergie, n'est pas prévue.

29. Article 10 du décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

Toutes les nouvelles structures de coopération créées depuis lors en Région flamande entre communes et n'étant pas soumises à des dispositions légales ou décretales spécifiques³⁰, relèvent du nouveau décret.

Pour les intercommunales déjà existantes au moment de l'entrée en vigueur, c'est-à-dire toutes les intercommunales créées avant le 10 novembre 2001, qui sont soumises à la loi sur les Intercommunales³¹ et au décret du 1^{er} juillet 1987 relatif au fonctionnement des intercommunales, à leur contrôle et à la détermination de leur ressort³², une application en phases du décret avait été prévue. Elles devaient mettre leur statuts en conformité avec les dispositions du décret portant réglementation de la coopération intercommunale *endéans une période de deux ans, à dater de l'entrée en vigueur de ce décret*³³, à l'exception des dispositions relatives à la part de capital des provinces et l'adhésion de partenaires privés chargés d'une mission de gestion ou d'exploitation dans l'association, et à l'exception de certaines dispositions qui, indépendamment de toute modification de statuts, entraînent immédiatement en vigueur³⁴.

Depuis le 1^{er} janvier 2007, l'apport des provinces est limité à 20 %³⁵.

30. La coopération entre les communes flamandes en termes de zones de police et en termes de Vlaamse Watermaatschappij ne doit donc pas être conforme au décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

Le simple fait que certaines législations (par exemple le décret Vl. R. du 17 juillet 2000 relatif à l'organisation du marché de l'électricité, *M.B.* 29 septembre 2000) prévoient encore des structures intercommunales mixtes découle par contre du fait que cette législation est encore alignée sur la loi Intercommunales et n'a donc pas encore été adaptée au décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

31. Il s'agit donc également des intercommunales créées sous la précédente Loi-cadre 1922.

32. *M.B.* 17 juillet 1987.

33. Article 79 § 2, premier alinéa du décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

34. Article 79 § 2, deuxième alinéa du décret portant réglementation de la coopération intercommunale. Il s'agit notamment des articles: 4 (structures de coopération intercommunale internationale), 39 (la modification des statuts de l'association prestataire de services et de l'association chargée de mission et la rédaction d'un projet de modification des statuts), 40 (le procès-verbal de l'assemblée générale relatif à la modification des statuts), 42 (la praticabilité des statuts; force rétroactive), 44 (la composition de l'assemblée générale), 52 (la non-publicité des réunions du Conseil d'administration), 53 (le procès-verbal pendant la séance publique du conseil communal ou provincial des administrateurs nommés sur proposition des communes ou des provinces), 56 (la présidence de l'assemblée générale et du Conseil d'administration), 59, 64 (la conformité de la comptabilité aux règles de droit commun en termes de comptabilité des sociétés et le respect des directives des autorités (fédérales)), 72 (l'envoi des procès-verbaux des organes de l'association prestataire de services et chargée de mission au commissaire du gouvernement et sa compétence de suspension), 73 (retrait de la décision suspendue), 74 (compétence d'annulation du Gouvernement flamand), 76 (la poursuite d'application de l'article 26 de la Loi Intercommunales; fiscalité propre Région flamande), 78 (la possibilité pour l'association prestataire de services ou chargée de mission de prendre part à des personnes morales de droit privé ou public n'ayant pas la même forme morale).

35. Article 80 § 1, premier alinéa du décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

DIRK VAN HEUVEN

En ce qui concerne la mesure transitoire relative au retrait de capital privé, les personnes physiques et les personnes morales chargées d'une mission d'exploitation ou de gestion peuvent continuer à participer jusqu'au moment de la reconduction, soit jusqu'au 31 décembre 2018³⁶. Cette disposition transitoire fait qu'on retrouve temporairement des (anciennes) «vieilles» intercommunales flamandes. Après le 31 décembre 2018, toutes les structures de coopération intercommunale représenteront en principe «purement» du capital public.

Les dispositions des statuts des intercommunales encore non constituées, étant non conformes aux articles entrant immédiatement en vigueur, sont, en cas de défaut de solution explicite dans le décret, considérées comme non écrites et non comme nulles³⁷.

Section 3

Quelles sont, selon la Cour de justice, les conditions auxquelles la relation adjudicateur – adjudicataire doit répondre afin de pouvoir être considérée comme un «marché in house»?

12. Sur la base de l'arrêt TECKAL³⁸ de la Cour de justice, il ne peut être question de marché in-house que lorsque:

- le marché est attribué à une personne morale sur laquelle l'autorité *exerce un contrôle comme sur ses propres services* (le critère de contrôle) et
- cette personne morale exerce la majorité de ses activités *en faveur du pouvoir adjudicateur* qui la contrôle (le critère de majorité).

Dans la mesure où il est satisfait aux deux conditions cumulatives, les règles européennes du droit des marchés publics ne s'appliquent donc pas.

36. Les personnes physiques et les personnes morales qui sont chargées d'une mission d'exploitation ou de gestion doivent se retirer au plus tard: soit au moment de la reconduction, soit à la date du 31 décembre de la dix-huitième année suivant l'année des dernières élections communales précédant l'entrée en vigueur conformément au paragraphe premier de l'article 79 du présent décret, à savoir, *concrètement*, le 31 décembre 2018 (article 80 § 1 et 2 du décret portant réglementation de la coopération intercommunale).

37. Circulaire BA-2000/11 du 15 décembre 2000, *M.B.* 24 janvier 2001.

38. C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal srl*, C-107/98.

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

13. Dans la jurisprudence suivant l'arrêt *TECKAL*³⁹, la Cour a encore affûté ces deux conditions, et principalement le premier critère⁴⁰.

Dans l'arrêt *STADT HALLE*⁴¹, la Cour de justice a exclu qu'un pouvoir adjudicateur exerce un contrôle «analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services» sur une société dans laquelle une entreprise particulière participe également, ne fût-ce que pour moins de la moitié.

A cet égard, la Cour confirme dans son arrêt du 21 juillet 2005⁴² qu'une société ne peut être assimilée à une structure pour laquelle une commune ou une ville gère, de façon interne, un service public, lorsque cette société est ouverte, au moins en partie, au capital privé.

Il peut être conclu de l'arrêt *PARKING BRIXEN*⁴³ du fait que le pouvoir adjudicateur qui détient une participation de 100 % dans la personne morale à qui il attribue le marché n'est pas *en soi* suffisant pour considérer que celui-ci exerce un contrôle sur cette personne morale comme sur ses propres services. Il faudra en effet à chaque fois vérifier *concrètement* s'il y a contrôle effectif comme sur ses propres services.

Ainsi, par exemple, cette condition n'est pas remplie lorsque la personne morale à qui le marché public a été attribué est une entreprise dont le conseil d'administration dispose d'une large indépendance à l'égard du pouvoir adjudicateur, de sorte que le contrôle du pouvoir adjudicateur sur cette dernière s'en trouve affaibli.

14. Avec l'arrêt *ASEMFO*⁴⁴, la Cour de justice semble mettre le holà à la tendance de mettre en avant des exigences toujours plus strictes. Dans cet arrêt, la Cour donne une nouvelle tournure à la manière dont une situation d'attribution de marché *in-house* peut être évaluée. L'exigence de contrôle est ici remplacée par une

39. C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03; C.J.C.E., 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03; C.J.C.E., 10 novembre 2005, *Commission c/ République d'Autriche*, C-29/04; C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03; C.J.C.E., 6 avril 2006, *Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV)*, C-410/04; C.J.C.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04; C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux*.

40. Peut-être parce que des exceptions doivent être appliquées de manière restrictive. Dans ce sens s'applique l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis*. La règle principale est que les autorités doivent, lors de l'octroi de marchés à des personnes morales, respecter les règles du droit relatif aux marchés publics.

41. C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03.

42. C.J.C.E., 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03.

43. C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03.

44. C.J.C.E., 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05.

DIRK VAN HEUVEN

épreuve où il est question de liberté de contrat entre les parties impliquées⁴⁵ et d'exigence de majorité et d'exigence d'exclusivité. Il est particulièrement examiné la mesure dans laquelle les prestations sont «exclusivement» octroyées entre les parties, sans qu'il soit question d'une «relation purement contractuelle»⁴⁶.

Le fait que cette jurisprudence soit intéressante pour les autorités locales ne fait pas l'ombre d'un doute.

Dans le très récent arrêt du *APERMAC*⁴⁷, il s'est avéré qu'il devait s'agir d'un «acte administratif unilatéral édictant des obligations» à l'égard du pouvoir adjudicataire mais n'impliquant aucune obligation envers le pouvoir adjudicateur. Le fait que le pouvoir adjudicataire ne puisse refuser la conclusion d'une convention de collaboration ne suffit pas.

Section 4

La relation communes participantes – structure de coopération intercommunale répond-elle aux conditions de la théorie «in house», telle qu'avancée par la Cour de justice?

15. On constate que dans le décret portant réglementation de la coopération intercommunale en lui-même, aucune disposition n'a trait à l'applicabilité de la réglementation sur les marchés publics aux structures de coopération intercommunale, et en particulier dans le cadre de la relation entre cette dernière et ses participants.

Même dans les travaux préparatoires du décret portant réglementation de la coopération intercommunale, peu d'attention a été accordée à la problématique du «in house», bien que la jurisprudence *TECKAL* date déjà d'avant la réalisation du décret portant réglementation de la coopération intercommunale. Néanmoins, lors de la réalisation du décret portant réglementation de la coopération intercommunale, le législateur décrétole a pris pour point de départ le fait que la structure de coopération intercommunale doit être considérée comme un prolongement de la commune. Le législateur décrétole est d'avis que «sans transfert de la compétence de gestion», l'association relève de la législation sur les marchés publics.

45. Il convient cependant de faire référence à la considération suivante de l'arrêt *Asemfo*:

“S'agissant de la première condition, relative au contrôle de l'autorité publique, il résulte de la jurisprudence de la Cour que la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, en principe, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services (arrêt *Carbotermo* et *Consorzio Alisei*).”

46. Un marché public est en effet défini dans le droit relatif aux marchés publics comme un “contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques (...)”.

47. C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia*, C-220/06.

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

Dans l'exposé des motifs⁴⁸, cette prise de position est justifiée de la manière suivante:

«Il ne serait pas correct d'attribuer un avantage considérable à un secteur, qu'il revête la forme d'une association de communes, présent sur le marché concurrentiel. D'un autre côté, il semble assez clair que lorsque des communes mettent une association sur pied pour une prestation de services, elles fassent donc appel à cette association. Sur la base de cette considération, la prestation de services exclusive a été posée comme principe, principe envers lequel le Conseil d'Etat n'a émis aucune remarque. Si, selon le Gouvernement flamand, il était fait usage de ce système, ni la législation sur les marchés publics, ni la réglementation TVA ne seraient d'application. Il est difficile de garantir une sécurité absolue dans ce cas, (...)».

Mais encore⁴⁹:

«Il est opté pour une combinaison d'une part de liberté totale des communes participantes, et, d'autre part, de la préservation de la possibilité d'une gestion communale propre, avec une prestation de services exclusive pour l'association au profit des communes qui désirent sortir de leur propre gestion. Cela revient à dire que, dans le dernier cas de figure, la commune peut exclusivement s'adresser à son association, mais qu'elle n'est pas tenue de le faire si elle désire réaliser une prestation en gestion propre. Dans cette structure, une prestation confiée à l'association propre ne relèverait également pas du champ d'application de la législation sur les marchés publics et de la réglementation TVA. Il va de soi que ce n'est pas le cas lorsque la commune se réserve le droit de faire appel à des tiers».

Le législateur décréteil est, lors de la rédaction des règles, donc parti du fait que dès qu'il est question d'un transfert de gestion, ce qui n'est le cas que dans l'association chargée de mission, il n'est nullement question d'applicabilité de la réglementation sur les marchés publics.

En ce qui concerne les autres formes de coopération intercommunale, le législateur décréteil dit avoir trouvé une solution avec la «prestation de services exclusive» de la part de la structure de coopération envers les communes participantes.

Il ressort surtout de l'exposé des motifs que l'application de la théorie du «in house» est véritablement problématique dans le cas de l'association prestataire de services⁵⁰.

Le décret portant réglementation de la coopération intercommunale en lui-même n'offre pas d'explication plus détaillée sur la meilleure manière d'aborder la problématique des structures de coopération intercommunale, pas plus que la préparation parlementaire.

48. Doc. Parl. 2000-2001, n° 565/1, 9.

49. Doc. Parl. 2000-2001, n° 565/1, 14.

50. C'est ce qui ressort également de la note de la VVSG, où l'on peut lire que *“la problématique se pose principalement dans le cas des associations qui sont réformées en associations prestataires de services”*.

DIRK VAN HEUVEN

16. Il s'avère néanmoins que sur la base des conditions simplement stipulées dans l'arrêt TECKAL, et plus particulièrement celles relatives à l'association prestataire de services et chargée de mission, il subsiste un doute qu'il puisse être satisfait au critère de contrôle et de majorité. Il sera en effet rare qu'une structure de coopération intercommunale exécute la majorité de ses prestations au profit d'un seul participant bien défini. Ajoutons encore à cela que ce participant peut avoir une influence sur les décisions de la structure de coopération intercommunale.

Vu que l'article 44 du décret portant réglementation de la coopération intercommunale détermine qu'aucun participant ne peut disposer d'un nombre de voix étant supérieur à la moitié du nombre total de voix déterminé statutairement, ce dernier point est par ailleurs impossible dans le cas d'une association prestataire de services ou chargée de mission.

Dans l'arrêt CARBOTERMO⁵¹, la Cour a cependant estimé qu'il était *possible* de satisfaire au critère de majorité lorsque la personne morale effectue l'essentiel de son activité avec ces collectivités prises dans leur ensemble. Ce n'est pas nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais il s'agit d'activités effectuées avec ces collectivités prises dans leur ensemble.

La question est ici également de savoir si sont visées uniquement les activités que la structure de coopération exécute au profit de tous les participants, ou également celles exécutées pour des participants individuels.

Ce n'est que dans la première interprétation qu'il nous semble pouvoir supposer que les marchés attribués à une structure de coopération intercommunale par ses participants répondent au critère de majorité. En effet, une structure de coopération intercommunale ne peut exécuter que des opérations «d'intérêt communal» au profit de ses participants. D'autant plus s'il s'agit, comme dans le cas d'une association chargée de mission, d'une «internalisation collective»⁵², auquel cas *toutes* les communes participantes ont transféré *communément* à l'association chargée de mission *les mêmes* activités par le biais d'un acte de constitution et des statuts. Il en va également de même pour l'association de projet et l'association interlocale, lorsqu'elles sont créées dans le but de réaliser un projet clair, au profit de tous les participants communaux et non au profit d'un seul participant communal.

Dans le cas d'une association prestataire de services au contraire, de nombreuses prestations «individuelles» sont exécutées au profit de communes participantes bien définies (et dans une moindre mesure au profit de toutes les communes participantes considérées dans leur ensemble).

51. C.J.C.E. 11 mai 2006, C-340/04, Carbotermo.

52. M. VOREL et N. VAN NULAND, "Een recente ontwikkeling in het Europese aanbestedingsrecht. Hoofddlijnen uit de rechtspraak over inbesteding", *T.B.O.* 2007, 63.

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

17. La prise de position adoptée dans les travaux préparatoires du décret portant réglementation de la coopération intercommunale s'avère également s'être basée sur ce qu'on appelle la *théorie de substitution*, telle que développée par le Conseil d'Etat dans un arrêt du 2 décembre 1981⁵³. Cette théorie de substitution implique qu'une convention conclue entre deux personnes morales publiques, ou quelle que soit la manière dont elles sont liées entre elles, n'est pas automatiquement exclue du domaine d'application de la réglementation relative aux marchés publics. Ce n'est le cas que lorsqu'il est question d'un «transfert de gestion», et plus particulièrement lorsqu'une partie confie l'exécution des décisions qu'elle a prises, dans le sens où cette partie se prive du droit d'exécuter indépendamment ou avec des tiers la même prestation que celle qu'elle a confiée à l'autre.

La Commission a indirectement abondé en ce sens en ce qui concerne la relation commune – entreprise communale autonome. Il peut dans ce cadre être fait référence au paragraphe suivant de la lettre de sommation de la Commission du 16 octobre 2002⁵⁴:

«Lorsque l'entreprise communale autonome est habilitée à intervenir à la place de la commune et que la commune a expressément, exclusivement et entièrement confié sa compétence à l'entreprise communale autonome créée (sans qu'elle se soit réservé le droit ou non d'utiliser les services de l'entreprise), les règles relatives aux marchés publics et celles du Traité CE, sur la base de l'article 45 susmentionné du Traité CE, ne sont pas d'application».

La Commission soutient par conséquent son point de vue sur l'article 45 du Traité CE, vraisemblablement selon lequel, en cas d'attribution/délégation d'une certaine tâche, il est question du transfert d'une compétence de décision exclusive (transfert de gestion?) à une entité, cette dernière disposant également dans le cadre de cette tâche d'un «pouvoir public» qui revient normalement à l'autorité cédante et par conséquent, pouvant également prendre des décisions contraignantes en la matière⁵⁵.

53. C.d'E., a.s.b.l. Fédération Nationale des entrepreneurs routiers, nr. 21.624, 2 décembre 1981, *A.P.T.* 1983, 76-79, note P.-J. DELAHAUT; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 74-75; A.-L. DURVIAUX en N. THIRION, «Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire», *J.T.* 2004, 19; P. THIEL, «L'application des marchés publics aux relations entre deux pouvoirs publics. Commentaire de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 18 novembre 1999 (Teckal)», *Mouv. Comm.* 2000, 191-194; Ph. QUERTAINMONT, «La concurrence du secteur public aux entreprises privées», *A.P.T.* 1982, 148-153.

54. Lettre de sommation de la Commission des Communautés européennes, C (2002) 384, 16 octobre 2002, adressée au ministre des Affaires étrangères de l'époque, L. MICHEL, rédigée dans le cadre d'une enquête à l'initiative de la Commission sur l'application des règles des marchés publics au niveau belge *local*.

55. G. LAENEN, "Het Asemfo-arrest: eindelijk een lichtpunt in de duisternis", (note sous CJCE 19 avril 2007, affaire C-295/05), *T.Gem.* 2007/4, 335.

DIRK VAN HEUVEN

18. Cette vision n'a, selon nous, aucun fondement direct dans la jurisprudence actuelle de la Cour de justice.

Dans le récent arrêt ASEMFO, la Cour de justice en est arrivée à la constatation qu'une autorité ne peut «*manifestement*» pas être qualifiée de pur «tiers» envers une autre autorité, lorsque celle-ci est tenue d'uniquement *exécuter des prestations confiées à la structure de coopération intercommunale* sur la base d'une *relation n'étant pas purement contractuelle*.

Sur la base de cette jurisprudence, les arguments pourraient être puisés pour qualifier les marchés octroyés à une association chargée de mission comme des marchés «in house», et ce en raison du fait que ces marchés sont octroyés sur la base de l'acte de constitution et des statuts, et donc non sur une base simplement contractuelle.

Surgit également la question de la mesure dans laquelle «l'assujettissement» de l'association chargée de mission est comparable à celui de l'arrêt cité de la Cour de justice, dans lequel il est question d'une obligation *légale*, alors que dans le cas d'associations chargées de mission, il est «uniquement» question d'obligation *statutaire*.

Il convient selon nous d'attendre de voir si la théorie «d'exclusivité» sera ou non confirmée par la Cour de justice.

19. Il faut en outre constater que la clause d'exclusivité n'est recommandée que pour les associations prestataires de services, et non pour les associations de projet, qui ne disposent cependant pas non plus d'un transfert de gestion. Contrairement à l'association prestataire de services et chargée de mission, l'association interlocale et l'association de projet sont créées uniquement pour un projet *clairement défini* dans la convention, à savoir les statuts, et ne pouvant de toute façon être exécuté que par cette association. Dans ce sens, il est «indirectement» question d'un caractère exclusif.

Nous émettons de nouveau une réserve quant à savoir si ce point satisfait aux exigences strictes de la Cour de justice.

20. Quoiqu'il en soit, cette théorie peut selon nous tout au plus s'appliquer dans le cas d'une structure de coopération dans laquelle tout capital privé est absent. En effet, selon nous, il ne peut être déduit de l'arrêt ASEMFO que la Cour revienne sur sa précédente jurisprudence en ce qui concerne la participation de capital privé.

Dans cette optique, nous ne sommes pas convaincus que les structures de coopération «mixtes», telles que celles encore en situation transitoire, répondent aux critères de la théorie «in house».

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

Il n'y a aucun doute que pour le choix de ces personnes de droit privé dans une association interlocale, la concurrence doit également jouer, et, s'il est satisfait aux conditions *ratione materiae*, un marché public doit même être annoncé⁵⁶.

21. En ce qui concerne l'association interlocale, la question se pose de savoir si l'absence de la personnalité civile en elle-même induit qu'il soit question d'un marché «in house».

Selon C. DE KONINCK et V. PETITAT⁵⁷, une réponse confirmative doit ici être donnée. On peut en déduire de la sorte de la première condition présupposée par ces auteurs pour être considéré comme un «marché in house», à savoir «*le fait pour un pouvoir adjudicateur de confier une prestation de travaux, livraisons et services à une personne morale qui est légitimement distincte de ce pouvoir*». Cependant, selon une lecture stricte de l'arrêt TECKAL relatif à l'application de la réglementation sur les marchés publics, «*un organisme qui est juridiquement scindé du service adjudicateur et qui peut prendre des décisions autonomes*» suffit.

Il faut ici indiquer que l'association interlocale dispose de la *possibilité* de désigner une commune gestionnaire. Un comité de gestion est également désigné, composé d'au moins un délégué de chaque participant. L'association interlocale semble disposer dans une certaine mesure, il est vrai limitée, d'une compétence décisionnelle indépendante⁵⁸. La question est de savoir si cette «compétence décisionnelle» est suffisante.

22. Quoiqu'il en soit, la «clause d'exclusivité» semble ne pouvoir offrir aucune solution à la participation des structures de coopération intercommunales sur la base de l'article 78 du décret portant réglementation de la coopération intercommunale, vu que l'arrêt CARBOTERMO confirme à présent que l'exercice indirect d'un contrôle par l'autorité adjudicatrice induit un affaiblissement du contrôle.

56. Voir J. DEBIEVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002/2, 123.

57. C. DE KONINCK et V. PETITAT, "Inbesteding zonder aanbesteding. Aanscherping van de voorwaarden in het Parking-Brixen-arrest van het Hof van Justitie", *NjW* 2005, 1233.

58. Selon J. DEBIEVRE, l'attribution de la compétence de prendre des décisions contraignantes à la commune gestionnaire est en conflit avec l'absence de transfert de gestion. Voir J. DEBIEVRE, "De eerste steen van het nieuwe gemeentehuis. Het Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking", *T.Gem.* 2002/2, 122.

DIRK VAN HEUVEN

Section 5

Comment les autorités flamandes considèrent-elles la théorie du «in house», telle qu'avancée par la Cour de justice?

23. Malgré le fait que les autorités flamandes interviennent en tant qu'autorité de contrôle sur les communes et la coopération mutuelle, elles se sont longtemps murées dans le silence.

Très récemment, à savoir le 14 septembre 2007⁵⁹, les autorités flamandes ont édicté une circulaire à la suite des développements de la jurisprudence de la Cour de justice. Cette circulaire est intitulée «Circulaire LNE/2007/1 relative à l'application de la législation sur les marchés publics – Adjudications «In house» – Implications du principe d'égalité lors de l'adjudication de marchés publics»⁶⁰.

24. La circulaire indique tout d'abord clairement qu'un pouvoir adjudicateur peut – sans faire un appel préalable au marché – décider de réaliser lui-même un marché avec des moyens et du personnel «en régie» propres. Il n'est alors pas question d'une attribution du marché à une personnalité juridique séparée.

Il est également fait référence aux conditions du *bien connu* arrêt TECKAL de la Cour de justice, selon lequel une autorité n'est en effet pas tenue d'appliquer la loi sur les marchés publics si, pour des raisons budgétaires, elle confie certaines tâches à une entité séparée.

La circulaire rappelle les lignes directrices les plus importantes de la jurisprudence existante de la Cour de justice:

1. *Contrôle comme sur les propres services*: il faudra en d'autres termes vérifier concrètement à chaque fois si à la lumière de dispositions légales et statutaires, l'autorité adjudicatrice peut influencer oui ou non les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'entreprise liée, de façon déterminante.

59. La Région de Bruxelles-Capitale et la Région wallonne avaient déjà, respectivement en date des 11 et 13 juillet 2006, émis une circulaire. Il s'agit de la "Circulaire portant sur les relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs" (M.B. 13 octobre 2006) et de la "Circulaire aux communes, provinces, régies communales et provinciales autonomes et intercommunales, C.P.A.S et associations Chapitre XII de la Région wallonne, portant sur les relations contractuelles entre deux pouvoirs adjudicateurs" (M.B. 27 juillet 2006).

60. M.B. 4 octobre 2007.

Cette circulaire aborde dans une première partie la "problématique in-house", et dans une seconde les "implications du principe d'égalité lors de l'attribution des marchés publics".

Là où la circulaire de la Région de Bruxelles-Capitale s'adresse explicitement aux Bourgmestres et échevins des intercommunales et où la circulaire de la Région wallonne le fait aux communes, provinces, entreprises communales et provinciales autonomes, C.P.A.S., et le Chapitre XII –associations de la Région wallonne, la Circulaire flamande ne mentionne nullement ses destinataires.

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

Sur la base de la jurisprudence existante, il faudra déjà prendre en compte les éléments suivants lors de l'appréciation de ce premier critère:

- a. L'autorité adjudicatrice doit pouvoir exercer des compétences de contrôle particulières sur l'autre personnalité juridique, autres que celles dont dispose un actionnaire majoritaire. L'actionnariat (même 100 %) ne constitue en soi pas un critère déterminant⁶¹.
 - b. La relation entre un organe public et ses propres services est dominée par des considérations et exigences spécifiques qui sont en relation avec la recherche d'objectifs d'intérêt général à atteindre. Des entreprises privées par contre cherchent à atteindre des objectifs d'intérêt particulier. Pour ces raisons le critère n'est pas considéré comme atteint dès qu'une entreprise privée participe dans la personne à laquelle le marché est attribué, indépendamment de la part de sa participation⁶².
 - c. L'exercice du contrôle via une personne intermédiaire est un élément atténuant, même s'il s'agit d'une filiale contrôlée à 100 %⁶³.
 - d. A la lumière de la jurisprudence existante il semble possible que différentes autorités adjudicatrices créent une entité commune, à laquelle un «contrôle comme s'il s'agissait de ses propres services» peut être exercé⁶⁴. Une jurisprudence ultérieure en la matière devra apporter plus de clarté.
2. *Effectuer la plupart des activités au profit de l'autorité adjudicatrice*: dans l'état actuel de la jurisprudence, il ne sera pas toujours évident pour les administrations de déterminer sous quelles conditions une activité commerciale peut être qualifiée de marginale. Il est pourtant certain qu'il faut tenir compte de toutes les circonstances qualitatives et quantitatives pertinentes. En outre l'Administration doit prendre en compte toutes les activités de l'entité à laquelle elle veut attribuer un marché. Il n'importe notamment pas si l'administration même ou certains utilisateurs profitent des services. Il n'est par conséquent pas important de savoir qui paie les services prestés ou sur quel territoire les activités sont effectuées.

A l'issue de ces considérations, la circulaire ajoute par souci de prudence que le contrôle de ces critères, devant par ailleurs être considérés comme «*limitatifs*», doit toujours être interprété et évalué au «*cas par cas*».

La circulaire se termine, en ce qui concerne la problématique du «in house», avec la mention suivante: «*il va de soi que les administrations devront à l'avenir également accorder une attention toute particulière à la suite de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice en ce qui concerne les conditions d'application abordées*». Il est ici fait référence en note de bas de page à l'arrêt ASEMFO.

61. CJCE, Parking Brixen GmbH t. Gemeinde Brixen, C-458/03, 13 octobre 2005.

62. CJCE, Stadt Halle, C-26/03, 11 janvier 2005.

63. CJCE, Carbotermo, C-340/04, 11 mai 2006.

64. C.J.C.E., Carbotermo, C-340/04, 11 mai 2006.

DIRK VAN HEUVEN

25. Néanmoins, l'importance de la «problématique in house» est très limitée dans cette circulaire. Il convient de constater que la circulaire, contrairement à celle de la Région de Bruxelles-Capitale, se limite à une simple répétition *théorique* des critères TECKAL, tels que stipulés dans les différents arrêts de la Cour de justice. Elle n'émet aucune recommandation *concrète*. Sans oublier qu'est spécifiquement abordée la question relative à la mesure dans laquelle une commune peut attribuer des tâches à une structure de coopération intercommunale dans laquelle elle participe, sans pour autant appliquer les règles de concurrence et, le cas échéant, la réglementation relative aux marchés publics⁶⁵.

Bien que la date de la circulaire soit largement postérieure à l'arrêt ASEMFO, les autorités flamandes⁶⁶ n'ont pas estimé nécessaire d'aborder explicitement la nouvelle interprétation donnée par la Cour de justice à la théorie in-house.

26. Faisant suite à la circulaire du 14 septembre 2007, le Département *Bestuurszaken, Afdeling Overheidsopdrachten* du Gouvernement flamand a rédigé un document intitulé «in-house – Europese rechtspraak», dont la première version qui date du 19 septembre 2007 a été mise à disposition sur le site Internet du Gouvernement flamand et dans laquelle différents arrêts pertinents de la Cour de justice sont abordés⁶⁷ dans le cadre de la problématique «in house», mais uniquement jusqu'à l'arrêt CARBOTERMO du 11 mai 2006⁶⁸.

Ce document n'aborde pas non plus les conséquences de cette jurisprudence sur la coopération intercommunale (et ce en opposition à la circulaire de la Région de Bruxelles-Capitale, dans laquelle est développé un raisonnement analogue à celui des travaux préparatoires au décret portant réglementation de la coopération intercommunale).

65. Bien que ce soit cependant le cas dans la circulaire de la Région de Bruxelles-Capitale.

66. Et ce en opposition à la circulaire du 13 juillet 2006 du Ministère de la Région wallonne, nommée circulaire aux communes, provinces, régies communales et provinciales autonomes et intercommunales, C.P.A.S. et associations Chapitres XII de la Région wallonne, portant sur les relations contractuelles entre deux pouvoirs adjudicateurs (*M.B.* 27 juillet 2006).

67. R. SCHEEPERS, *In-House – Europese rechtspraak*, www2.vlaanderen.be/ned/sites/overheidsopdrachten.

68. CJCE, Carbotermo, C-340/04, 11 mai 2006.

Section 6

Comment les communes et les structures de coopération intercommunale envisagent-elles la théorie «in house»?

27. Dans le point de vue, appelé «Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking (décret portant réglementation de la coopération intercommunale), Knelpuntennota. Oplossingsvoorstellen»⁶⁹, rédigé par la Vereniging van Vlaamse Steden en Gemeenten (VVSG), à savoir l'association des villes et des communes flamandes, nous constatons que la VVSG se range complètement derrière le point de vue des travaux préparatoires du décret portant réglementation de la coopération intercommunale:

«Lors d'une évaluation du décret portant réglementation de la coopération intercommunale, il est crucial de clarifier dans le décret Coopération intercommunale l'application de la législation sur les marchés publics. L'idéal est d'expliquer entièrement tant le domaine d'application que les modalités d'application.

*Il est donc préférable de se baser ici sur les récents cadres législatifs européens. Pour les associations chargées de mission, aucun problème ne devrait en principe se poser. Pour les associations prestataires de services, il devrait en principe être garanti que la législation relative aux marchés publics ne s'applique pas aux conventions écrites à titre onéreux pour la livraison de biens et / ou services pour ces prestations où une **exclusivité réciproque** s'applique entre les deux parties concernées (commune et/ou CPAS et association prestataire de services). On peut ici parfaitement retomber sur la jurisprudence européenne. L'arrêt Teckal⁷⁰ admet en effet que la législation en matière de marchés publics ne s'applique pas si la collectivité territoriale à qui l'on désire attribuer un marché, vraisemblablement des personnes distinctes de la commune, la commune / le CPAS exercent un contrôle comme sur leurs propres services et que la collectivité territoriale effectue simultanément la majorité de ses activités pour la commune ou le groupe de communes qui le dirigent.*

Les associations prestataires de services ou chargées de mission répondent parfaitement à cette description vu qu'elles sont au final un prolongement partageant les coûts de l'administration locale et qu'elles travaillent principalement pour ces administrations locales et entièrement sous le contrôle démocratique de ces administrations.

Ce n'est qu'à l'aide de ces garanties d'économie d'échelle et de synergie nécessaires que les associations prestataires de services peuvent être créées.

69. Point de vue VVSG mai 2005 – Decreet van 6 juli 2001 houdende de intergemeentelijke samenwerking (DIS) – knelpuntennota, 10, publié sur www.vvsg.be.

70. Arrêt de la Cour (cinquième chambre) du 18 novembre 1999. Teckal Srl contre la Commune de Viono et Azierda Gas-Acopia Consorziiale (AGAC) di Reggio Emilia. Demande de décision préjudicielle: Tribunale amministrativo regionale per l'Emilia – Romagna – Italie. Marchés publics de services et de fournitures – Directives 92/50/CEE et 93/36/CEE – Attribution par une collectivité territoriale à un groupement dans lequel elle est associée d'un contrat de fourniture de produits et de prestation de services déterminés. Affaire C-107/98.

DIRK VAN HEUVEN

Cette législation sur «l'internalisation» n'offre selon nous aucune solution à la problématique relative à l'application de la législation relative aux marchés publics en ce qui concerne la relation entre les associations chargées de mission et prestataires de services, ni en ce qui concerne la relation entre la commune et son association chargée de mission et/ou prestataire de services lorsqu'un apport de capital privé est prévu. En ce qui concerne cette dernière possibilité, la Cour de justice européenne a, le 11 janvier, prononcé un important jugement à l'égard de la ville allemande 'Stadt Halle'⁷¹. Avec ce jugement, la Cour admet qu'il n'est jamais question «d'internalisation» lorsqu'on confie des tâches à une collectivité avec participation de capital privé, même si le pouvoir adjudicateur possède la majorité des actions au sein de cette collectivité».

28. En ce qui concerne les associations interlocales et les associations de projet, il convient de constater que les conventions que nous avons consultées ne contiennent aucune disposition spécifique dans le cadre de la théorie «in house».

Dans la majorité des cas, les participants n'attribuent aucun marché supplémentaire à la structure de coopération en sus des marchés repris dans la convention.

29. Même dans le cas des associations chargées de mission, trop peu d'attention est accordée à la problématique «in house», probablement vu qu'il est question d'un transfert de gestion. Dans ce cas également, les statuts se limitent généralement à une description de l'objectif (voir par exemple Digipolis, *Provinciale en Intercommunale Drinkwatermaatschappij der Provincie Antwerpen (PIDPA)*, *Intergemeentelijke Vereniging voor Duurzaam Afvalbeheer Mechelen (Ivarem)*).

Pour les activités qui ne sont pas mentionnées dans les statuts de l'association (par exemple le placement de conteneurs pour l'évacuation de déchets, cette activité n'étant généralement pas mentionnée dans les statuts d'une intercommunale des déchets), un marché public est annoncé, et l'association est libre de s'y inscrire.

Etude de cas: gestionnaires de réseau de distribution (par exemple Intercommunale Vereniging voor de Energiedistributie in de Kempen en het Antwerpse (IVEKA))

Ici également, les statuts de cette association se limitent à la description d'un objectif, à savoir «*la gestion du réseau de distribution, dans le sens du décret électricité et gaz et leurs arrêtés d'exécution, ainsi que l'exercice de toute activité connexe, comme l'éclairage public, l'utilisation et éventuellement la génération d'électricité au moyen de cogénération et d'un moteur à gaz, relié aux installations de distribution, dans le cadre de l'énergie requise pour les pertes de tension et/ou sa consommation propre*».

71. "Arrêt Cour européenne C-26/03 Stadt Halle/TREA Leuna – 11.01.2005".

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

Il faut cependant constater que dans la dernière modification de statuts du 17 décembre 2007, réalisée à la demande du commissaire de gouvernement, une disposition spécifique a été ajoutée concernant EANDIS, auquel le gestionnaire de réseau de distribution fait appel pour l'exécution de certaines tâches. L'explication de cette disposition est la suivante:

«Une autre partie des modifications proposées trouve son origine dans les remarques émanant de l'autorité de contrôle, ainsi qu'à l'occasion de la création d'Eandis.

De cette manière, le commissaire de gouvernement désire une description plus stricte de l'objectif de l'association chargée de mission (en termes de collaboration avec des tiers) (article 3 alinéa B) ainsi qu'une meilleure description du package de tâches du comité de direction ainsi que celui du comité de management (article 18).

Dans le cadre de la problématique «in house», il est indiqué que le conseil d'administration pilote le fonctionnement d'Eandis comme s'il s'agissait de ses propres services qui exécutent les tâches propres de l'association chargée de mission (article 4 – article 2 de l'annexe 3) et qu'Eandis soumet chaque année un schéma d'organisation (article 8 de l'annexe 3) au conseil d'administration. Ces adaptations qui renforcent le lien entre l'association chargée de mission et Eandis ont pour objectif de formuler de manière aussi claire et complète que possible les conditions que la Cour européenne du Luxembourg postule actuellement comme correspondant à un «marché in house».

30. Dans le cas de certaines associations prestataires de services, les statuts comportent explicitement une clause d'exclusivité réciproque ou non. Cette clause n'a pas nécessairement trait à toutes les activités et à tous les participants de la structure de coopération. Dans la plupart des cas, les participants sont par exemple libres de choisir les activités pour lesquelles ils font exclusivement appel à la structure de coopération.

Etude de cas 1: Intercommunale Maatschappij voor Ruimtelijke Ordening, Economische Expansie en Reconvertie van het Gewest Kortrijk (Leiedal)

Dans ses statuts de 2003, LEIEDAL prévoit déjà une clause très détaillée «d'exclusivité réciproque».

«Les services pour une ou plusieurs communes participantes pour lesquelles la (les) commune(s) participante(s) octroie(nt) une "exclusivité réciproque".

"Exclusivité réciproque" signifie, dans le cadre de cet article:

- Leiedal fournit les services décrits de manière limitative sur une base exclusive et à la (aux) commune(s) participante(s); et*
- La (les) commune(s) participante(s) s'engage(nt) à exclusivement faire appel à Leiedal, sous réserve du droit de la (des) commune(s) participante(s) d'exécuter ces activités en régie; et*
- La prestation de services exclusive est octroyée sur une base de partage des coûts, ce qui signifie que les communes ne paient à Leiedal que leur part dans*

DIRK VAN HEUVEN

les dépenses et frais communs liés aux services exécutés sur une base exclusive.

- a. *Les conseils communaux des communes participantes décident de l'attribution des exclusivités, au plus tard pour la première assemblée générale de l'année suivant la recomposition des conseils communaux des communes participantes.*
- b. *Les services exclusifs qui sont offerts aux administrations communales sont énumérés dans le document intitulé "annexe 2 aux statuts". Le document susmentionné intitulé "annexe 2 aux statuts" demeure attaché au présent acte de sorte qu'ils constituent un seul et même ensemble indivisible.*
- c. *Les communes participantes peuvent octroyer une exclusivité pour tout ou partie des services exclusifs repris dans l'annexe 2.*
- d. *Les services exclusifs sont fournis sur la base d'une estimation déterminée au préalable, et en concertation, par sous-prestation, des unités de temps requises, ainsi que du délai d'exécution. Toute déviation au montant présumé est soumise à l'approbation du Collège des Bourgmestres et Echevins.*
- e. *Conformément au principe de partage des coûts, les unités de temps véritablement consacrées à l'exécution de la prestation seront facturées au tarif unitaire fixé en concertation, sans que la part à payer n'excède le montant estimé au début de la prestation, comme éventuellement adapté, comme prévu sous.*
- f. *Le tarif unitaire pour la prestation de services exclusive sera fixé par le conseil d'administration et, pendant l'exécution d'une sous-mission spécifique, ne sera adapté qu'à l'évolution de l'indice de santé.*
- g. *Si, pendant l'exécution de la prestation de services exclusive, Leiedal commet une faute grave, la commune participante sera habilitée à, en première instance, envoyer un avertissement.*

(...)

§ 3. Les services aux autorités de droit public participantes ou les autres administrations du secteur public qui n'apparaissent pas dans la liste des services exclusifs et qui sont attribués à l'association à l'issue de l'application de la procédure prévue dans la loi du vingt-quatre décembre mille neuf cent nonante-trois relative aux marchés publics et certains marchés pour l'adjudication de travaux, livraisons et services.»

Les activités pour lesquelles les communes participantes ont, au début de l'année, consécutivement à la recomposition des conseils communaux, accordé l'exclusivité à LEIEDAL, sont donc considérées comme «in house». Les marchés pour lesquels une certaine commune n'a pas octroyé l'exclusivité au moment susmentionné, mais que la commune désire par après confier à LEIEDAL, ne peuvent l'être. Elles doivent, pour ce faire, annoncer un marché public. La question est de savoir la mesure dans laquelle la «clause d'exclusivité» doit être ou non considérée comme un truc juridique. En effet le moment d'attribution d'un certain marché n'a

LA THÉORIE DU "IN HOUSE" ET LA COOPÉRATION INTERCOMMUNALE EN FLANDRE

selon nous aucune incidence sur le «contrôle» que la commune exerce sur la structure de coopération intercommunale. Il n'est guère plus aisé de voir comment l'exigence d'exclusivité peut ici jouer un rôle.

Etude de cas 2: Interkommunale ontwikkelingsmaatschappij voor de Kempen (IOK)

Les statuts de l'IOK prévoient déjà en 2003 la disposition suivante «d'exclusivité réciproque»:

«Le principe de prestation de services réciproque exclusive entre l'association et les participants affiliés s'applique aux principes susmentionnés».

Il est également question du principe de «répartition des coûts avec rétribution»:

«Le Intergemeentelijke Milieudienst (IMD), le Intergemeentelijke preventiedienst (GiD PBW) et le Intergemeentelijk Centrum voor Geweldbeheersing (ICG) ont été créés et sont maintenus comme des entités distinctes ayant une identité, une comptabilité et une composition propres, basées sur le principe de la répartition des coûts avec une rétribution pour les participants équivalente à leur part dans les dépenses intercommunales».

Etude de cas 3: Intergemeentelijke Vereniging voor Ontwikkeling van het Gewest Mechelen en Omgeving (IGEMO)

Les statuts de l'IGEMO prévoient la possibilité d'octroi d'exclusivité «dans un seul sens», à savoir par les communes participant à IGEMO:

«Les communes participantes peuvent, pour les services suivants, accorder l'exclusivité à l'association intercommunale pour le développement de la région 'Mechelen en omgeving' (IGEMO)».

Il convient cependant de constater que de nombreuses associations ne comportent aucune disposition spécifique ayant trait au «in house» et qu'elles se bornent à une description des activités, qui sont exécutées «à la demande des communes participantes» (voir par exemple Financieringsintercommunale voor Investerings in West- en Oost-Vlaanderen (FINIWO)). Bien que cela doive être le cas, il s'avère dans la pratique que la réglementation sur les marchés publics n'est pas toujours respectée lors de l'attribution des marchés.



DIRK VAN HEUVEN

Section 7

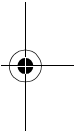
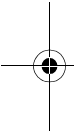
Conclusion

32. Etant donné que l'association interlocale et l'association de projet sont créées en vue de répondre à un projet bien défini, l'on peut soutenir que la réglementation des marchés publics n'est pas applicable à ces hypothèses.

Le même raisonnement vaut pour les associations chargées de missions, par un transfert de gestion qui résulte du décret portant réglementation de la coopération intercommunale même.

Il résulte de ce qui précède que l'application de la théorie du «in house» est problématique lorsque nous sommes en présence d'une association prestataire de services. Pour tenter d'échapper à la réglementation des marchés publics, il est parfois inséré une clause d'exclusivité.

Cependant, il ne faut pas oublier la jurisprudence stricte de la Cour quant à la participation d'une entité privée au capital.





CHAPITRE 4

LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN POUR LA GESTION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX: L'EXPÉRIENCE BRUXELLOISE

par

Dimitri YERNAULT,

assistant à l'ULB, secrétaire politique du groupe PS au Parlement bruxellois

et

Benjamin CADRANEL,

assistant à l'ULB, directeur de cabinet du Ministre-Président de la Région de Bruxelles-Capitale.

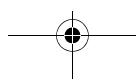
Section 1

Délimitation du sujet

L'architecture intercommunale bruxelloise est sans doute plus simple que celles des deux autres régions. L'exiguïté du territoire régional qui comprend celui des 19 communes bruxelloises explique évidemment ceci.

Par ailleurs, certaines spécificités institutionnelles propres font que certaines matières ne sont plus d'intérêt communal. L'exemple le plus notable est celui des immondices et déchets ménagers puisque depuis la loi 1971, il s'agit d'une matière d'agglomération. Et depuis la mise en place de la Région bruxelloise en 1989, les compétences de l'agglomération sont gérées par les institutions régionales. Autrement dit, c'est un pararégional de type A, l'Agence Bruxelles-Propreté qui a la charge de la collecte des immondices: pas d'intercommunale en ce domaine.

Une autre spécificité bruxelloise tient au domaine de la télédistribution. La situation est plus contrastée puisque existent une intercommunale (Brutélé), des régies communales (Wolu TV) et un opérateur privé (Coditel), chacun gestionnaire exclusif sur le territoire de la ou des communes sous la voirie desquelles se trouvent les réseaux câblés. Toutefois, même si nous traiterons du dossier pendant devant la Cour de justice du réseau de la commune d'Uccle en ce que les futures décisions juridictionnelles auront vraisemblablement des retombées en-dehors de ce secteur



DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

proprement dit, la compétence de fond en la matière appartient à l'autorité fédérale; il s'agit en effet d'une matière biculturelle régie par la loi 1995.

Aussi nous concentrerons nous sur les deux secteurs de l'eau et de l'énergie qui présentent tout à la fois des ressemblances et des différences rendant la comparaison de leur configuration suffisamment intéressante. Il est essentiel de poser au préalable que la réforme des intercommunales «aquatiques» et «énergétiques», premièrement, relève de l'initiative communale même si elle s'inscrit dans un cadre politique conforme aux souhaits émis par la région depuis 2001 et, deuxièmement, que ces deux secteurs relèvent à la fois de la compétence organique de la région sur ses structures de coopération intercommunale et de ses compétences de fond dans les domaines de l'eau et de l'énergie (article 6 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980).

En fait, certains éléments de l'architecture intercommunale et de la législation bruxelloise (ordonnance sur le marché de l'électricité de 2001¹) étaient déjà en place avant la réception de la mise en demeure de la Commission européenne. D'autres adaptations lui sont postérieures (ordonnance sur le marché du gaz de 2004² et ordonnance sur l'eau de 2006³), sans que la nouvelle ordonnance de 2006 sur les marchés du gaz et de l'électricité n'ait eu d'incidence directe sur l'organisation institutionnelle du secteur public de l'énergie⁴.

1. Ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale.
2. Ordonnance du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz en Région de Bruxelles-Capitale, concernant les redevances de voirie en matière de gaz et d'électricité et portant modification de l'ordonnance du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale.
3. Ordonnance du 20 octobre 2006 établissant un cadre pour la politique de l'eau (M.B. 3 novembre 2006).
4. Ordonnance du 14 décembre 2006 modifiant les ordonnances du 19 juillet 2001 et du 1^{er} avril 2004 relatives à l'organisation du marché de l'électricité et du gaz en Région de Bruxelles-Capitale et abrogeant l'ordonnance du 11 juillet 1991 relative au droit à la fourniture minimale d'électricité et l'ordonnance du 11 mars 1999 établissant des mesures de prévention des coupures de gaz à usage domestique. Cette ordonnance importante a toutefois institué un nouveau régulateur (commission de régulation pour le gaz et l'électricité en Région de Bruxelles-Capitale, Brugel pour les intimes) et a surtout modernisé le cadre de protection des clients domestiques en difficultés de paiement de leurs factures énergétiques.

Section 2

Les différents types de réponses aux questions de la Commission européenne

§ 1 – Il y a eu plusieurs paliers de réponses dans un contexte juridique incertain

En effet, dans le dossier n° 2002/2167 ouvert depuis le 18 octobre 2002, la Commission européenne met en demeure la Belgique et ses 3 régions de mettre en conformité leur législation qui serait contraire au droit communautaire des marchés publics et des concessions de service public (d'autres dossiers similaires sont ouverts à charge de l'Allemagne et de l'Italie mais sur des attributions ponctuelles de services publics économiques communaux). La France fait également depuis le 27 juin 2007 l'objet d'une procédure en infraction.

Dans sa mise en demeure, la Commission attaquait, ce qui est une première en soi, les législations sur les intercommunales, les régies communales autonomes et les ASBL parce qu'elles ne permettaient pas, selon elle de garantir l'application des directives sur les marchés publics dans le cadre de la désignation d'opérateurs extérieurs de services publics économiques, que ceux-ci soient de nature publique, privée ou mixte.

La défense principale sur la contrariété de la jurisprudence et de la mise en demeure de la Commission a eu lieu, notamment via le Comité de concertation et la Représentation permanente auprès de l'UE: elle reposait notamment sur d'autres principes généraux du Traité (subsidiarité, liberté d'organisation des services d'intérêt économique général, exception du service d'intérêt économique général, neutralité à l'égard des régimes de propriété dans les Etats,...).

Le législateur bruxellois, à l'initiative du Gouvernement, est venu en soutien aux communes, le souci commun étant de se prémunir contre cette évolution contestée au sein même du corps des avocats généraux près la Cour de justice pour éviter que la finalité des directives sur les marchés soit détournée pour privatiser. En particulier dans les secteurs qui, comme celui de l'eau, n'ont pas encore fait de directive de libéralisation.

La voie choisie pour répondre, autant que faire se peut, aux questions de la Commission n'a pas été pour l'heure celle de la modification de la législation organique des intercommunales.

Depuis la régionalisation de la compétence, la loi de 1986 est en effet demeurée inchangée à Bruxelles, là où d'importantes modifications législatives ont été apportées en Flandre et en Wallonie.



DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

Par contre, les réponses furent de plusieurs ordres.

La première, celle de principe, a été exposée par le Ministre-Président, en charge des pouvoirs locaux, en réponse à une interpellation parlementaire: l'organisation des modes de gestion des services publics locaux (ou autres d'ailleurs) doit demeurer de la compétence exclusive de la ou des autorités concernées en vertu des articles 16, 86 § 2 et 295 du Traité, d'une part, de la Charte européenne de l'autonomie locale, d'autre part⁵.

La deuxième réponse a consisté, dans la foulée de la première et après des années de contacts finalement fructueux avec la Commission européenne, en l'adoption de la circulaire du Ministre-Président bruxellois du 12 juillet 2007 relative à l'exercice de la tutelle régionale dans le cadre des relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs. La voie de la circulaire a été choisie car elle est la seule qui soit conforme à la répartition des compétences intra-belges, l'Etat fédéral demeurant seul compétent pour légiférer en matière de marchés publics.

La troisième réponse réside dans l'adaptation des statuts des intercommunales d'énergie et d'eau, principalement en ce qui concerne la participation de capitaux privés et la répartition des pouvoirs de décision au profit des organes des intercommunales.

La quatrième réponse résulte enfin de l'adoption de législations organiques sectorielles sur les marchés de l'électricité, du gaz et la politique de l'eau.

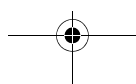
L'écheveau est assurément complexe. D'autant plus que, sans doute, certains estimeront que qui trop embrasse mal étirent mais prudence n'est-elle pas mère de sûreté?

Pour aller dans le vif du sujet, la préoccupation première des autorités régionales et communales bruxelloises a été de conforter ou d'adapter les schémas des relations intercommunales pour que, en conformité avec le droit communautaire, elles échappent à l'empire des marchés publics.

Cette préoccupation répond à plusieurs objectifs fondamentaux:

- la volonté de conserver la maîtrise de la puissance publique dans des domaines qui affectent directement la vie quotidienne des citoyens et dont la gestion doit rester tributaires de choix politiques définis;
- éviter de soumettre au champ concurrentiel des activités pour lesquelles un monopole naturel est préférable notamment parce qu'elles impliquent la mise à disposition du droit d'intervenir sur les voiries publiques et ont des consé-

5. Parlement régional bruxellois, Bulletin des interpellations et des questions orales, Commission des pouvoirs locaux et des compétences d'agglomération, 13 janvier 2005.



LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN

- quences potentiellement importantes en matière de sécurité, de salubrité publique et de protection de l'environnement;
- assurer une gestion efficace de secteurs qui nécessitent à court, moyen et long terme des investissements conséquents et durables en terme d'infrastructures (réseau d'égouttage, épuration,...) et pour lesquels les procédures inhérentes aux marchés publics comportent des risques en matière d'engagement budgétaires;
 - garantir une sécurité juridique aux opérations passées et à venir face aux nombreuses incertitudes et imprécisions des notions et critères établis par la jurisprudence relatives au «in house».

Nous savons aujourd'hui qu'il y a trois voies qui permettent de ne pas aboutir aux marchés publics:

- la première est celle du «in house» avec toutes les incertitudes que cela comporte; dans tous les cas, même celui des réseaux d'énergie, il a été fait en sorte que les capitaux privés ne puissent y rentrer ou doivent en sortir progressivement pour ne pas tomber sous le coup de la jurisprudence *STADT HALLE* de la Cour de justice ou *CNEM* du Conseil d'Etat.
- la deuxième est celle des «droits exclusifs» conférés législativement aux intercommunales pour les réseaux d'électricité, de gaz et d'eau ainsi que pour les services de l'eau en-dehors de l'assainissement des eaux usées (SBGE).
- la troisième est celle qu'accepte enfin la Commission depuis 2007, le transfert intégral de compétences au profit de l'intercommunale.

§ 1 – Brefs retours sur le «in house»

On sait que selon la jurisprudence communautaire, (arrêts *Teckal* 1999, *Telaustria* 2000, *Stadt Halle* 2005, *Coname* 2005, *Parking Brixen* 2005, *Commission contre Autriche* 2005), la relation de type contractuel entre une commune et n'importe quelle personne juridique tierce qui vise à gérer un service public économique est la plupart du temps qualifiée:

- soit de marché public: doivent alors s'appliquer toutes les règles de mise en concurrence des directives sur les marchés;
- soit de concession de service public: les risques d'exploitation sont à charge du concessionnaire au contraire des marchés dont la réglementation ne doit pas s'appliquer; mais il faut au minimum respecter les principes généraux du droit communautaire (transparence issue de l'obligation générale de non-discrimination) et faire connaître publiquement son intention de passer contrat de concession pour que d'autres concurrents puissent se porter candidat (au-delà, on ne sait toujours pas quelles sont les conséquences de la jurisprudence); pour rappel, la jurisprudence belge impose de toute façon (Conseil d'Etat, *Fédération nationale des entrepreneurs routiers* 1981) la qualification comme marché public des relations entre communes et intercommunale sauf s'il y a substitution intégrale de l'intercommunale (pure ou privée) à ses parties, notamment dans le choix des travaux à effectuer (les nouveaux statuts IBDE

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

sont conformes à cette exigence, même en ce qui concerne les services qui lui sont confiés en nombre différent selon les communes).

La démonstration du lien réellement organique entre la mission d'intérêt économique général et une personne en particulier est cruciale vu que l'exception du *in house* est remise en cause par la Commission qui estime qu'une commune ne saurait exercer sur une intercommunale un contrôle «analogue» à celui sur ses propres services: à la suivre, ce serait d'autant moins le cas que le nombre de communes parties à une intercommunale même pure est important. L'existence des mécanismes de tutelle, et le fait que les activités en réseaux sont soumises à des régulateurs indépendants (ce n'est pas le cas de l'eau justement parce qu'il n'y a pas de directive de libéralisation) ne semble à ce stade pas être pris en compte par la Commission.

Des précisions, voire des nuances, ont été apportées par la Cour de justice aux modalités de la relation «in house» dans ses arrêts *CARBOTERMO* (2006) et *ASEMFO* (2007).

L'avis de la section de législation sur le décret sur les intercommunales wallonnes de 2006 est certes venu jeter quelque trouble en estimant que par définition, une commune considérée individuellement ne pouvait être considérée comme exerçant sur une intercommunale un «contrôle analogue» à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

L'arrêt du Conseil d'Etat du 3 juillet 2007, dans l'affaire *CODITEL* contre la commune d'Uccle, va dans la même direction et qualifie de concession de service public l'adhésion à une intercommunale dans les circonstances de la cause. Mais, afin de s'assurer de l'exactitude des qualifications juridiques, il a décidé de poser une question préjudicielle à la Cour de justice.

De subtiles nuances habitent cependant la jurisprudence de la section de législation du Conseil d'Etat. A l'occasion de l'examen d'un récent projet de décret wallon modifiant le décret du 23 juin 1994 relatif à la création et à l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne, la section de législation s'interrogeait sur la pertinence de confier la sûreté aérienne aux sociétés concessionnaires d'aéroports à charge pour elles de les déléguer à une société à créer. Or, l'avis rendu le 24 octobre 2007 souligne que «2. *La mise en œuvre des deux options définies (...) (concession de services publics ou création d'une personne morale de droit public) n'entre pas dans le champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics de services*»⁶.

6. Doc.Parlement Wallon, 674 (2007-2008) – n° 1, p. 13.

§ 3 – Le choix de l'octroi de droits exclusifs

L'octroi de droits exclusifs comme exception à l'application des règles sur les marchés publics n'est admis qu'en ce qui concerne les services, mais pas à l'égard des travaux et des fournitures. L'arrêt TECKAL est là pour rappeler qu'une exception reposant sur une qualification mal motivée entraîne une requalification par le juge communautaire (en l'occurrence un marché de services a été requalifié en marché de fournitures). Mais si l'exception des droits exclusifs ne trouve à s'appliquer qu'à l'égard des marchés de services, elle joue aussi, en vertu des règles sur les conflits de régime, en ce qui concerne les prestations annexes de travaux et de fournitures qui sont accessoires au service concerné.

Les directives 2004/17 et 2004/18 étant en vigueur depuis le 1^{er} février 2006, c'est donc à leurs dispositions et considérants préliminaires qu'il y a lieu d'avoir égard; or, leur définition des droits exclusifs est resserrée au regard de celle encore portée par la loi du 24 décembre 1993, qui transposait correctement les anciennes directives applicables.

En l'état actuel de l'article 3, § 2, de cette loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, modifié par la loi du 12 août 2000, «*Ne sont pas soumis à l'application des dispositions de la présente loi les services au sens de l'article 5, attribués à un pouvoir adjudicateur visé à l'article 4, § 1^{er} et § 2, 1^o à 8^o et 10^o, sur la base d'un droit exclusif dont il bénéficie en vertu de dispositions législatives ou réglementaires publiées et conformes au traité instituant la Communauté européenne*». La directive 93/38/CEE définissait les droits exclusifs comme étant ceux qui résultent d'une autorisation octroyée par une autorité compétente au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité dans les secteurs concernés. L'existence de ces droits était en outre présumée dans deux hypothèses: lorsque l'entité pouvait jouir d'une procédure d'expropriation, de mise en servitude ou d'utilisation du sol, du sous-sol et de l'espace au-dessus de la voie publique pour y placer ses équipements de réseau ainsi que lorsque l'entité alimentait en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur un réseau, lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. Ces dispositions avaient été transposées dans l'arrêté royal du 10 janvier 1996.

Le projet de loi transposant les articles 25 de la directive 2004/17 et 18 de la directive 2004/18, adopté le 6 mars 2006 par la Commission des Finances et du Budget de la Chambre, dispose en son article 17, § 2, que «*la présente loi ne s'applique pas aux marchés publics de services visés à l'article 3, 4^o, attribués par un pouvoir adjudicateur à un autre pouvoir adjudicateur ou à une association de pouvoirs adjudicateurs, sur la base d'un droit exclusif dont ceux-ci bénéficient en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées et compatibles avec le Traité instituant la Communauté européenne*».

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

Le considérant 25 de la directive 2004/17/CE précise à ce sujet qu' «il convient d'assurer une définition appropriée de la notion de droits spéciaux et exclusifs. Cette définition a pour conséquence que le fait qu'une entité puisse, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations portuaires ou aéroportuaires, jouir d'une procédure d'expropriation publique, ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique ne constitue pas en soi un droit exclusif ou spécial au sens de la présente directive. Le fait qu'une entité alimente en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente de l'État membre concerné ne constitue pas non plus en soi un droit exclusif ou spécial au sens de la présente directive. De même, des droits accordés par un État membre sous quelque forme que ce soit, y inclus par des actes de concession, à un nombre limité d'entreprises sur la base de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ouvrant à tout intéressé les remplissant la possibilité d'en bénéficier, ne sauraient être considérés comme étant des droits exclusifs ou spéciaux». En outre, l'article 2, § 3, de la directive définit comme suit les droits exclusifs ou spéciaux: «des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 3 à 7 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité».

En d'autres termes, il ne suffit plus qu'une entreprise, en l'occurrence publique comme une intercommunale, soit dispose du pouvoir d'expropriation, soit dispose des droits d'utilisation sur et sous la voie publique, soit alimente en eau potable une autre entité titulaire de droits exclusifs ou spéciaux, pour que l'octroi d'un droit exclusif soit *ipso facto* considéré comme valable. Ceci n'empêche cependant nullement la justification au cas par cas de l'octroi de droits exclusifs, ni leur justification sur base de la combinaison de plusieurs de ces indices qui, considérés isolément, ne suffiraient pas.

Finalement l'article 17, § 2, de la nouvelle loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics tient compte de cette évolution de la notion de droits exclusifs, qu'il a par ailleurs élargie au bénéfice des associations de pouvoirs adjudicateurs lorsque ceux-ci bénéficient d'un droit exclusif en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiques, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le Traité.

Il semble par ailleurs que la Commission européenne souhaite que les droits exclusifs octroyés en vue de l'accomplissement de services d'intérêt économique général le soient seulement après mise en concurrence⁷. A supposer cette assertion fondée, la théorie du monopole naturel, adossée au respect dû par le droit commu-

7. Cette position est exprimée dans le Livre Vert sur les services d'intérêt général du 21 mai 2003, COM(2003)270, §§ 79-81.

LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN

nautaire à la structure de propriété instituée par le droit régional bruxellois, d'une part, et l'absence d'exigence de mise en concurrence lors de l'attribution de la gestion des réseaux en cause par les directives sectoriellement applicables, d'autre part, ont emporté la conviction juridiquement correcte du législateur bruxellois d'attribuer directement à des intercommunales les services d'intérêt économique général décrits ci-après.

§ 4 – Une actualisation de la théorie de la substitution?

Il semblerait toutefois, après presque dix ans d'incertitudes, que la Commission européenne ne considère plus, enfin, que le transfert complet d'un service public d'une entité publique à une autre qui l'assure en toute indépendance et sous sa responsabilité, soit constitutif d'une offre de services contre rémunération. En d'autres termes, il s'agirait bien, ce que la Belgique et d'autres Etats plaident depuis plusieurs années, d'une réorganisation interne de l'administration publique non soumise à l'application du droit communautaire, ni aux règles sur les marchés publics en particulier⁸.

La Région de Bruxelles-Capitale a essayé peu ou prou de faire usage de ces différentes notions et techniques:

- 1) en organisant des intercommunales pures sans capitaux privés ou en voie de résorption,
- 2) en les dotant de droits exclusifs,
- 3) en s'inscrivant dans la «vieille» théorie de la substitution portée par l'arrêt de 1981 *Fédération nationale des entrepreneurs routiers*.

Il y a, par ailleurs, lieu de tenir compte du degré de libéralisation du secteur d'activité concerné, d'une part, et de la possibilité d'octroyer des droits exclusifs, d'autre part.

C'est, dès lors, dans ce contexte marqué encore par une très large incertitude de l'interprétation du droit européen, laquelle est nuisible à l'efficacité des pouvoirs publics dans l'acheminement de biens de base essentiels pour l'activité économique et pour assurer le droit de vivre conformément à la dignité humaine, que sont examinées les nouvelles organisations des coopérations intercommunales dans les secteurs de l'énergie et de l'eau.

8. «Marchés publics: la Commission clôture des procédures d'infraction contre l'Allemagne», communiqué de presse du 21 mars 2007, IP/07/357 (à propos de la coopération municipale dans les services d'élimination des déchets par des communes de Rhénanie-du-Nord-Westphalie); «Marchés publics: la Commission clôt des procédures engagées contre la Finlande, l'Italie et la Slovénie», communiqué de presse du 27 juin 2007, IP/07/918 (à propos des services de gestion des déchets dans la province de Trapani). En ce sens également le document de travail de la Commission publié le 20 novembre 2007, Frequently asked questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest, SEC(2007)1514, version provisoire, p.13.

Section 3

L'intercommunale de gestion des réseaux de distribution de gaz et d'électricité

§ 1 – *Situation du marché de l'énergie*

Avant toute chose, il convient de considérer que le secteur de l'énergie est un secteur libéralisé. Tous les clients, en ce compris les résidentiels, sont éligibles depuis le 1^{er} janvier 2007. Par ailleurs, il est soumis au principe de répercussion en cascade des coûts lors de la tarification au client final.

Les directives ont laissé aux Etats le choix d'instaurer un accès des tiers aux réseaux négocié ou réglementé. Dans le cas bruxellois, il s'agit d'un accès réglementé, le gestionnaire unique des réseaux de distribution de gaz et d'électricité s'étant vu octroyer des droits exclusifs par voie législative.

Suite à l'accord général intervenu en 1999 au sein du groupe de travail du comité de concertation entre l'Etat fédéral et les trois régions, la voie choisie a été de séparer radicalement la gestion des réseaux de l'activité de fourniture.

Mise à part la phase transitoire de libéralisation pendant laquelle SIBELGA détenait le monopole de distribution à l'égard des clientèles non éligibles (initialement le 1^{er} juillet 2007 comme permis par les directives «électricité» (1996) et «gaz» (1998), remplacées par les directives 2003, ramené par l'ordonnance 2006 au 1^{er} janvier 2007), les communes et l'intercommunale ont définitivement abandonné l'activité de fourniture pour se concentrer sur celle des réseaux⁹. Cette séparation radicale des comptabilités mais aussi des propriétés, renforcée par le départ progressif d'Electrabel¹⁰, devrait permettre une facile adéquation avec les nouveaux projets de directive de la Commission¹¹.

9. En allant plus loin que l'article 3 de la directive sur le marché intérieur de l'électricité de 2003 qui instaure un service universel beaucoup plus minimal, le nouvel article 24bis, 3°, 5° et 6° de l'ordonnance du 19 juillet 2001 (inséré par l'article 43 de l'ordonnance du 14 décembre 2006) charge cependant d'une mission de service public relative à la fourniture d'électricité mais uniquement comme fournisseur de dernier ressort des clients résidentiels en défaut de paiement. La directive de 2003 sur le marché intérieur du gaz n'ayant par contre pas instauré de service universel, le nouvel article 18 de l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 (remplacé par l'article 89 de l'ordonnance du 14 décembre 2006) mérite particulièrement d'être souligné en ce qu'il crée notamment pour Sibelga et les fournisseurs de gaz naturel, à l'instar de l'article 24 de l'ordonnance de 2001 sur l'électricité, l'obligation de service public de mettre à disposition une fourniture minimale ininterrompue de gaz pour la consommation du ménage dans les conditions prévues par le nouveau chapitre V bis de cette ordonnance. L'article 18bis nouveau ne semble pas formellement donner à Sibelga la mission de service public de fournisseur de dernier ressort (la notion apparaît toutefois entre autres dans le nouvel *20quinquies*, § 1^{er}).
10. En fait sa filiale ECS (Electrabel Customers Services). Ses apports, principalement en industrie, sont décrits à l'article 9 des statuts de Sibelga.
11. Proposition de directive du Parlement et du Conseil modifiant la directive 2003/54/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur de l'électricité, COM(2007) 528 final, 19 septembre 2007; proposition de directive du Parlement et du Conseil modifiant la directive 2003/55/CE concernant les règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel, COM(2007) 529 final, 19 septembre 2007.

§ 2 – Structure et missions exclusives de Sibelga

Depuis les ordonnances de 2001 (électricité) et de 2004 (gaz), la gestion des réseaux de distribution d'électricité et de gaz est légalement confiée à l'intercommunale SIBELGA issue de la fusion des groupes INTERELEC, INTERGA et du secteur sud de SIBELGAZ¹². Il s'est agi de simplifier la structure générale des intercommunales d'énergie. Si la réflexion était en cours, les nécessités de rationalisation de la gestion du secteur ont été mises en exergue par l'obligation de transposer les directives de libéralisation dès l'adoption de l'ordonnance sur le marché bruxellois de l'électricité du 19 juillet 2001.

La liste des associés peut paraître complexe mais la réalité économique est relativement simple: il y a d'un côté les 19 communes, directement ou par l'intermédiaire d'intercommunales de financement, et de l'autre ELECTRABEL¹³.

SIBELGA est une intercommunale qui a la forme d'une société coopérative à responsabilité limitée; elle est une personne morale de droit public et n'a pas de caractère commercial. Outre des dérogations classiques au Code des sociétés, l'article 2 de ses statuts coordonnés au 27 mars 2006 prévoit explicitement sa soumission aux trois lois fondamentales du service public. Son existence court pour l'heure jusqu'au 29 avril 2026.

Sa mission statutaire essentielle est la gestion des réseaux d'électricité et de gaz en ce comprises les missions légales de service public qui s'y rattachent et plus accessoirement la fourniture d'électricité et de gaz naturel pour laquelle les communes ou elle-même disposent de droits exclusifs, d'une part, ainsi que des activités complémentaires à l'objet social principal comme l'utilisation rationnelle d'énergie, la cogénération et l'éclairage public¹⁴.

SIBELGA présente la particularité d'être une intercommunale mixte mais le conseil d'administration du 29 septembre 2003 a approuvé la convention d'équilibre

12. Les assemblées générales de décembre 2002 des 3 intercommunales ont notamment approuvé avec effet au 1^{er} janvier 2003, la fusion par absorption d'Interga par Interelec, l'apport de branches d'activité de Sibelgaz à Interelec, et le changement de dénomination d'Interelec en Sibelga (Sibelga, Rapport annuel 2003, p. 7). Jusqu'au 1^{er} janvier 2007, Sibelgaz a perduré, les communes bruxelloises s'en sont alors retirées; ce maintien provisoire devait permettre dans l'intervalle de continuer à assurer la coordination jusqu'à scission complète des réseaux qui alimentaient les communes flamandes de Sibelgaz.

13. La complexité est le fruit de l'historique de l'organisation des intercommunales, les communes ayant choisi de préserver les anciens «secteurs» existants avant la fusion; le nombre de mandats a toutefois été considérablement réduit à l'occasion du renouvellement des organes consécutif aux élections communales de 2006. Depuis, les 5 comités de secteur maintenus à titre transitoire ont été supprimés. Le schéma général porté par l'article 6 des statuts coordonnés aux 27 mars 2006 est explicité par l'annexe 1 (liste des associés). La valorisation complexe des parts est exposée à l'article 11 des statuts.

14. Article 3 des statuts de Sibelga.

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

entre associés communaux et ELECTRABEL qui a prévu la sortie progressive du capital d'ELECTRABEL¹⁵. Lors de sa création, les communes détenaient directement 1 % auxquels il fallait ajouter les 49 % détenus par INTERFIN qu'elles contrôlent à 100 %¹⁶, d'une part, ELECTRABEL les 50 autres %, d'autre part¹⁷. Les communes détiennent par l'intermédiaire d'INTERFIN 70 % depuis le 31 décembre 2006. Les 19 communes bruxelloises détiendront enfin, via INTERFIN toujours, dès le 31 décembre 2012, l'intégralité des actions¹⁸.

Il est important de souligner que cette modification de la structure de capital au profit des communes a été avalisée par le Conseil de la concurrence le 8 mars 2004¹⁹ après que le dossier lui a été renvoyé par la Commission européenne²⁰.

Outre l'intercommunale proprement dite qui est en charge de la stratégie, des finances et de la communication, le groupe SIBELGA comporte désormais BNO (Brussels Network Operation), une filiale à 100 % en charge de la gestion opérationnelle des réseaux et de l'éclairage public²¹, ainsi que un joint venture (METRIX) chargé des relevés des compteurs et détenu à 75 %, les autres 25 % étant détenus par VIVAQUA.

15. La convention est reproduite à l'annexe 10 des statuts de Sibelga coordonnés au 30 mars 2006. L'essentiel du rééquilibrage a consisté en la désignation par les communes d'ECS comme société disposant du droit de fournir les clients devenus éligibles qui n'auraient pas fait le choix d'un autre fournisseur. En échange, ECS abandonne progressivement sa participation dans le capital et l'exploitation journalière de Sibelga qui a commencé dès ce moment à développer son know how propre.
16. Avant le 1^{er} janvier 2003, Interfin détenait les parts des communes associées dans Interelec, d'une part, et Interga, d'autre part, tandis que l'IBE (intercommunale bruxelloise d'électricité) et IBG (intercommunale bruxelloise de gaz) détenaient les parts des communes associées dans Sibelgaz (secteur sud comprenant les communes bruxelloises). A cette date, Interfin, IBE et IBG sont donc devenues les détentrices des actions des 19 communes dans Sibelga. Depuis le 1^{er} janvier 2005, seule Interfin exerce désormais les droits des 19 communes dans Sibelga (article 7. C des statuts de Sibelga).
17. Le schéma de montée en puissance des communes dans le capital est exposé dans le Rapport annuel 2004 de Sibelga
18. Les conditions du retrait et de cession à Interfin des actions d'Electrabel le 1^{er} janvier 2013 sont notamment définies par l'article 73 des statuts.
19. Décision n° 2004-C/C-26 du Conseil de la Concurrence du 8 mars 2004, aff. CONC-C/C-04/00005 Electrabel Customer Solutions S.A./ Sibelga, *Rev. Trim. Jur. Cons. Conc.* 2004/01, p. 134.
20. Décision de la Commission européenne du 19 décembre 2003 de renvoyer l'affaire n° COMP/M.3318-ECS/Sibelga aux autorités nationales compétentes en vertu de l'article 9 du règlement du Conseil n° 4064/89 CEE sur les concentrations, C(2003)5281. La Commission a constaté le risque de renforcement de la position dominante d'Electrabel qui restait présente dans plusieurs intercommunales mixtes tout en ayant une position prépondérante sur le marché de la production d'électricité et de l'acheminement de gaz naturel. Le dossier a été renvoyé parce que ce n'était pas le premier du genre à être dévolu au conseil belge de la concurrence qui se trouve de surcroît en première ligne pour assurer le contrôle des effets de la concentration.
21. La délégation, ici à une filiale à 100 %, est autorisée par le nouvel article 9, § 2, de l'ordonnance du 19 juillet 2001 (tel que remplacé par l'article 25 de l'ordonnance du 14 décembre 2006) qui l'encadre. Les délégations doivent y être conformes pour le 30 juin 2008 au plus tard. Il en va de même en ce qui concerne l'activité gazière conformément au nouvel article 7 de l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 (remplacé par l'article 75 de l'ordonnance du 14 décembre 2006)

LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN

En effet, SIBELGA a anticipativement mis un terme à la convention d'exploitation qui la liait à ELECTRABEL. En rachetant le 1^{er} septembre 2006 la filiale d'ELECTRABEL qui reprenait sa branche d'activités sur les réseaux bruxellois, SIBELGA assure encore un peu plus son indépendance opérationnelle à l'égard de ce partenaire privé²².

Le Conseil de la concurrence, auquel l'opération a été notifiée, a donc également avalisé le rachat par SIBELGA de la filiale d'ELECTRABEL «NETTEN RÉSEAUX BRUXELLES» en soulignant que cette concentration aboutissait à renforcer l'indépendance du gestionnaire des réseaux de distribution de gaz et d'électricité à Bruxelles²³.

§ 3 – Situation de SIBELGA si le «in house» ne lui est pas reconnu

– Les droits exclusifs

Si SIBELGA devait ne pas être considérée comme se trouvant dans une relation «in house» par rapport aux communes qui en sont actionnaires en raison de la présence temporaire de capitaux privés, il n'en demeure pas moins qu'étant titulaire de droits exclusifs légaux, la deuxième exception à l'application des règles de marché public peut parfaitement jouer conformément à l'article 25 de la 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.

La désignation de SIBELGA comme gestionnaire du réseau de distribution de l'électricité n'a pas été opérée directement. Toutefois, l'article 6, § 1^{er}, de l'ordonnance du 19 juillet 2001 organisant le marché bruxellois de l'électricité n'a laissé aucun choix au gouvernement dont la compétence était liée dès lors qu'il devait désigner pour un terme de 20 ans l'intercommunale disposant des droits de propriété et d'usage des réseaux situés sur le territoire régional.

En raison de la complexité de la réorganisation du secteur intercommunal, un délai d'un an fut laissé à SIBELGA pour mettre en ordre ses statuts et leurs annexes²⁴. L'exposé des motifs justifia d'abord la poursuite des missions de service

22. Sibelga, Rapport 2006, p.7 sur les autres mesures de réorganisation consécutives à ce rachat. Voyez également l'article 41 des statuts et l'article 12 de l'annexe 4 sur le calendrier de sortie de l'activité de l'exploitation journalière assumée jusque là par ECS.

23. Décision n° 2006-C/C-08 du Conseil de la Concurrence du 14 juin 2006, aff. CONC-C/C-06/0020 Sibelga SCRL / Electrabel S.A., *Rev.Trim.Jur.Cons.Conc.* 2006/02, p. 18.

24. A noter que l'article 6, § 3, de l'ordonnance du 19 juillet 2001 stipule qu'en cas de dissolution de Sibelga, de retrait de sa désignation (envisagée par le § 4) ou à l'expiration du terme de 20 ans, le Gouvernement ne peut redésigner un GRD que de l'avis conforme de la majorité des 19 communes. Le retrait progressif de l'actionnaire Electrabel entamé depuis lors réduit notablement les risques que ce mécanisme soit remis en cause comme contraire à la liberté de circulation des capitaux de l'actionnaire privé s'il est lu en combinaison avec l'article 8, § 3, qui interdit la cession par l'actionnaire privé de ses actions à un non actionnaire sans avoir reçu l'autorisation du gouvernement bruxellois (voir à ce sujet les divers arrêts de la Cour de justice se rapportant aux *golden shares*).

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

public jusque là exercées par les intercommunales²⁵ INTERELEC et SIBELGAZ dont le regroupement sur base volontaire fut plus que fortement encouragé par la perspective pour la nouvelle entité de se voir octroyer des droits exclusifs.

La désignation emporte donc pour conséquence le monopole de la gestion du réseau d'électricité en visant à accomplir l'unicité du réseau, à garantir l'unité de sa gestion pour le comptage de manœuvre et à organiser les accès au réseau. La justification du monopole repose explicitement sur son caractère naturel mais aussi sur le souhait d'éviter les coûts sociaux que provoquerait l'ouverture à la concurrence pour la gestion de la voirie. De surcroît, la directive de 1996 alors applicable n'interdisait pas cette solution (pas plus que celle de 2003) et une plus grande simplicité de la régulation du marché de l'électricité devait résulter du monopole²⁶. Autrement dit, deux monopoles anciennement fondés sur la loi de 1925 et les statuts des anciennes SIBELGAZ et INTERELEC furent fondus en un seul pour faciliter aussi la gestion du secteur de l'électricité pris dans son ensemble.

L'article 8 de l'ordonnance de 2001 a en outre imposé la séparation juridique entre le GRD et les fournisseurs de clients éligibles et, toujours pour garantir l'indépendance du GRD, l'article 9 l'a obligé à se munir du personnel indispensable pour accomplir ses missions afin de ne pas rester dépendant des moyens humains de l'actionnaire privé qui devint, à l'occasion de l'ouverture progressive du marché, également fournisseur d'électricité par ailleurs.

En vertu de l'article 20 de l'ordonnance de 2001, les communes, par le truchement de SIBELGA, ont pu conserver le monopole de la fourniture aux clients non éligibles (tous sont désormais éligibles) mais durent par contre abandonner la fourniture aux clients éligibles en raison de l'avantage concurrentiel que représentait pour elles leur non soumission à l'impôt des sociétés²⁷.

SIBELGA dispose aussi désormais du droit exclusif de poser les équipements de raccordement et de comptage constitutifs du branchement sur le réseau de distribution d'électricité, ce qui est logique en tant qu'accessoire indispensable²⁸.

Par souci de rationalisation, la restructuration des intercommunales d'énergie a également concerné les activités liées au gaz de SIBELGAZ de même qu'elle a mené à la disparition d'INTERGA. Le législateur bruxellois a dès lors logiquement

25. A savoir le droit à fourniture minimale d'électricité, l'octroi d'un tarif social, l'utilisation rationnelle d'énergie, le rachat d'électricité produite par les autoproducteurs, la subvention de l'électricité verte, l'éclairage public, que ce soit en fonction de leurs statuts ou des recommandations de l'ancien Comité de contrôle de l'électricité et du gaz, toutes ces missions étant alors à la charge des finances des intercommunales (Doc. P.R.B., A-192/1-2000/2001, pp. 2-3). Voyez l'article 24 de l'ordonnance (remplacé par l'ordonnance du 14 décembre 2006).

26. Doc. P.R.B., A-192/1-2000/2001, p. 13.

27. Doc. P.R.B., A-192/1-2000/2001, p. 18.

28. Nouvel article 29 de l'ordonnance du 19 juillet 2001 (inséré par l'article 55 de l'ordonnance du 14 décembre 2006).

LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN

imposé au gouvernement régional, en vertu de l'article 4 de l'ordonnance du 1^{er} avril 2004, de désigner SIBELGA comme gestionnaire du réseau de distribution de gaz puisque, suite à cette restructuration, c'est elle qui détenait les droits d'usage et de propriété requis²⁹.

Cette désignation entraîne automatiquement l'octroi à SIBELGA du droit exclusif de gérer le réseau de distribution de gaz. Pour le reste, les règles relatives au marché du gaz sont mutatis mutandis semblables à celles du marché de l'électricité en ce qu'elles concernent l'intercommunale.

De surcroît, l'exposé des motifs du projet du gouvernement qui est devenu l'ordonnance du 1^{er} avril 2004 pouvait également faire part de l'accord susmentionné de sortie progressive du capital intervenu en 2003 entre les communes et ELECTRABEL.

Et le commentaire de l'article 4 a longuement expliqué en quoi le monopole de SIBELGA comme gestionnaire du réseau de distribution du gaz naturel était justifié au regard de l'article 86, § 2, du Traité CE.

D'abord parce qu'il s'agissait d'encourager la rationalisation de la distribution (en profitant aussi de la rationalisation instrumentale suite à la fusion d'INTERGA et SIBELGAZ au sein de SIBELGA), ensuite parce que de tels réseaux relèvent de la théorie du monopole naturel. La duplication est techniquement très difficile (et accroîtrait aussi les risques d'accidents), elle encombrerait le sous-sol de Bruxelles et serait en contradiction avec l'objectif de maximaliser l'efficacité des investissements qui est également l'un des buts poursuivis par la libéralisation des marchés de l'énergie³⁰. Bref, outre le monopole naturel, le caractère de service d'intérêt économique général est «renforcé par la nature des missions de service public mises à charge du GRD, qui contribuent à la réalisation des politiques des autorités bruxelloises en matière de sécurité publique (sécurité d'approvisionnement, éclairage public), d'aménagement du territoire (gestion rationnelle des voiries) et d'environnement (utilisation rationnelle d'énergie)»³¹.

– La substitution aux communes

Troisième argument en faveur de la soustraction de SIBELGA au champ d'application des directives marchés publics: le dessaisissement intégral qui lui a été con-

29. Le § 2 de cet article 4 a maintenu que les statuts devaient être mis en conformité pour le... 31 décembre 2003 ce qui n'eut toutefois pas d'incidences pratiques car le projet, déposé au Parlement le 5 décembre 2003, avait quelque retard en raison de la nécessité de transposer la directive gaz de juillet 2003, ce qui retarda sensiblement son élaboration.

30. Doc. P.R.B., A-506/1-2003/2004, p. 11.

31. Ibidem, p. 12. Il est également insisté sur ce que l'article 3 de la directive gaz 2003 (comme celui de la directive électricité 2003) se réfère pour les activités de distribution à la possibilité de revendiquer le bénéfice de l'exception de l'article 86, § 2, du Traité.

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

senti par les communes lors de l'adoption de ses statuts semble de toute façon en phase avec la nouvelle position de la Commission exprimée en 2007³². L'article 8 des statuts stipule clairement que les communes ont fait apport à SIBELGA à titre exclusif et avec pouvoir de substitution notamment du droit de placer et entretenir, sur, sous et au-dessus des voiries communales toutes les installations nécessaires à la réception et la distribution d'électricité et de gaz; les communes ont renoncé au droit d'accession; elles ont également apporté en pleine propriété leurs installations ainsi que leurs droits exclusifs de fourniture jusqu'à la date d'ouverture des marchés.

Même si «in house» et «substitution» devaient s'avérer principalement incompatibles, que l'on se situe dans une hypothèse ou dans l'autre, l'octroi de droits exclusifs vient dans les deux cas conforter la thèse selon laquelle il n'y a pas lieu d'appliquer les règles marchés publics dans les relations entre pouvoirs adjudicataires que sont les communes et SIBELGA.

Au demeurant, même si la jurisprudence TECKAL (ou encore l'arrêt AUROUX 2007) considère, au contraire du Conseil d'Etat français (Rapport 2001), que la circonstance que SIBELGA soit un pouvoir adjudicateur n'est pas relevante en ce qui concerne l'existence ou non du «in house», il convient évidemment de rappeler que SIBELGA est, sous le contrôle de la tutelle régionale, tenue de respecter les règles sur les marchés publics quand elle doit se procurer elle-même les services, travaux et fournitures dont elle a besoin.

C'est donc principalement la législation sectorielle spécifiquement applicable aux activités de gestion des réseaux de distribution de gaz et d'électricité qui a reconfiguré l'architecture des intercommunales énergétiques.

32. Un léger tempérament a été apporté par le législateur de manière fort compréhensible en ce qui concerne l'éclairage public qui est une des missions de base de police administrative générale des communes dans une société moderne. Le nouvel article 24bis, 2°, de l'ordonnance du 19 juillet 2001 (inséré par l'article 43 de l'ordonnance du 14 décembre 2006) charge Sibelga comme gestionnaire du réseau d'électricité de la mission de service public de construire, entretenir, renouveler et alimenter les installations d'éclairage public sur les voiries et espaces publics communaux dans le respect des prérogatives des communes définies par l'article 135 de la nouvelle loi communale, selon un programme triennal établi de commun accord par chaque commune avec Sibelga. Mais l'article 75 des statuts de Sibelga prévoient bien le pouvoir de substitution pour ce qui concerne la gestion de l'éclairage. Pour le reste, c'est le comité technique comprenant un agent technique dirigeant par commune et des cadres de l'intercommunale et d'Electrabel, tel que prévu par l'article 55 des statuts de Sibelga, qui procède à l'information et à la concertation en ce qui concerne l'éclairage public; il organise également les chantiers de Sibelga.

Section 4

Les deux intercommunales dans le secteur de l'eau

§ 1 – La situation du secteur de l'eau

Le même raisonnement peut être tenu à l'égard du secteur de l'eau, en tenant néanmoins compte de ce que celui-ci ne fait pas l'objet de mesures de libéralisation et d'une organisation sensiblement différente. Il n'existe pas d'obligation de séparation entre la gestion des réseaux et la prestation des services qui les empruntent.

Mises à part les réglementations nationales et européennes protectrices de l'environnement, la seule directive relevante est la directive-cadre de 2000. Celle-ci impose de connaître le coût-vérité de l'eau (chaîne depuis le captage jusque l'épuration), non de pratiquer son prix vérité (différence notable avec la tarification en cascade requise pour les secteurs de l'électricité et du gaz).

Les travaux préparatoires de l'ordonnance de 2006 et son exposé des motifs ont laissé apparaître la difficulté de qualification exacte du secteur de l'eau. En effet, les considérants de la directive 2000 le définissaient comme un service d'intérêt général tout court, de manière telle que l'on pourrait considérer que les règles de concurrence ne s'y appliquent pas³³. S'agit-il d'un service d'intérêt général (simple) hors champ des règles de concurrence ou d'un service d'intérêt économique général qui pourrait bénéficier d'une exception, qui serait alors d'interprétation restrictive, aux règles de concurrence? Le législateur bruxellois a désiré parer à toute éventualité en raisonnant également comme s'il s'agissait de la prestation de services d'intérêt économique général au sens de l'article 86, § 2, du Traité CE.

§ 2 – Structures et missions exclusives de l'IBDE et VIVAQUA

Depuis la fin du premier semestre 2006, il n'y a plus que deux intercommunales actives dans le secteur de l'eau sur le territoire bruxellois au lieu de trois précédemment.

Il s'agit, d'une part, de l'IBDE (créée en 1989) qui a absorbé l'IBRA (constituée le 28 juin 2001 par les 19 communes) et VIVAQUA et qui comporte uniquement comme actionnaires les 19 communes bruxelloises³⁴ et, d'autre part, la CIBE (rebaptisée commercialement VIVAQUA courant 2006) qui comporte cependant comme actionnaires, outre les 19 communes bruxelloises, des communes flaman-

33. Doc. P.R.B. A-302/1-2005/2006, pp. 6 et 7, pour le commentaire de l'article 2 de l'ordonnance du 20 octobre 2006.

34. Vivaqua détient aussi 17 des 1342 parts sociales selon l'article 8 des statuts de l'IBDE.

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

des et des communes wallonnes³⁵. VIVAQUA présente cette autre particularité, étant à cheval sur le ressort territorial de plus d'une région, de ne pas relever d'un régime de tutelle clair en l'absence de conclusion de l'accord de coopération obligatoire requis par l'article 92*bis* de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. La première est en charge de la distribution d'eau et de l'égouttage, la seconde de son captage (situé en Région wallonne), son adduction, son stockage ainsi que de la gestion des réseaux de répartition entre sous-réseaux lors de l'acheminement vers le réseau de distribution.

Plus précisément, l'IBDE est une société coopérative à responsabilité limitée qui a pour objet l'étude, l'établissement, la gestion, l'extension des services de distribution d'eau au sens les plus larges de ces termes, et la fourniture d'eau ainsi que – afin d'intégrer les anciennes missions sociales de l'IBRA – la conception, la réalisation et l'exploitation au sens le plus large de ces termes, de tous réseaux de canalisations, d'ouvrages et de dispositifs de toute nature, destinés à assurer sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale, la collecte, la maîtrise et l'assainissement des eaux usées et pluviales, en vue de leur restitution en milieu naturel, avec ou sans épuration³⁶. Les communes demeurent propriétaires de leurs réseaux de distribution et d'égouttage mais elles octroient à l'IBDE le droit d'usage de ces installations, d'une part, et celle-ci est propriétaire de tous les biens, installations ou établissements qu'elle finance³⁷.

Quant à VIVAQUA, elle est également une société coopérative à responsabilité limitée. Le 7 juin 2007, sa prorogation a été décidée pour 30 ans. Elle a pour objet l'étude, l'établissement, l'exploitation et le développement éventuel de services et d'installations de production, de traitement, de transport et de distribution d'eau potable ainsi que l'assainissement en ce compris l'épuration des eaux usées³⁸.

35. En raison de leur rôle historique dans la création de la CIBE – Vivaqua, les 6 communes bruxelloises d'Anderlecht, Bruxelles, Ixelles, Saint-Gilles, Saint-Josse et Schaerbeek pèsent beaucoup plus dans le capital social. Les communes wallonnes associées sont au nombre de 4: Braine-l'Alleud, Braine-le-Château, Ottignies-Louvain-la-Neuve et Waterloo. Les communes flamandes au nombre de 15: Dilbeek, Drogenbos, Grimbergen, Halle, Kraainem, Machelen, Merchtem, Rhode-Saint-Genèse, Saint-Pieters-Leeuw, Steenokkerzeel, Tervuren, Wemmel, Wezembeek-Oppem et Zaventem. Aucune autre personne de droit public n'en fait partie.

36. Article 3, alinéa 1^{er}, des statuts de l'IBDE.

37. Article 12 des statuts de l'IBDE.

38. Article 2 des statuts de Vivaqua. Les statuts ne portent pas de dispositions spécifiques sur la répartition des droits de propriété et d'usage, les communes n'apportant que la libération des parts sociales qu'elles ont souscrites. Il y a donc lieu de conclure que, faute de disposition contraire, Vivaqua est propriétaire des réseaux et installations qu'elle développe.

LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN

Dans le cas de l'IBDE, les statuts issus de la fusion avec l'IBRA ne permettent plus la présence de capitaux privés³⁹, possibilité qui n'avait jamais été actionnée dans les faits depuis sa création.

La présence de capitaux privés n'est pas plus prévue par les statuts de VIVA-QUA dont les actionnaires sont limitativement énumérés⁴⁰.

Leurs statuts permettent d'éviter à ces deux intercommunales d'être d'office en contradiction avec la première condition du «in house» telle que précisée par l'arrêt STADT HALLE, en vertu duquel la notion de «contrôle analogue» exclut toute présence, fût-elle minime, de capitaux privés au sein de la structure désignée. Le capital des intercommunales d'eau est, pour ce que l'on en sait aujourd'hui, appelé à demeurer publiquement pur.

L'exposé des motifs et les commentaires généraux et spécifiques des articles 17 et 18 de l'ordonnance du 20 octobre 2006 établissant le cadre pour la politique de l'eau, paraissent solidement étayés à cet égard.

L'étroite liaison des missions traditionnelles des communes qui relèvent de la police administrative générale (article 135 de la nouvelle loi communale reprenant les décrets révolutionnaires) avec le développement progressif du service public de l'eau a été en particulier mis en avant (notamment en ce qui concerne l'hygiène et la propreté publique, d'une part, la sécurité des réseaux sous voirie ainsi que la sécurité dans l'approvisionnement pour les pompiers notamment, d'autre part)⁴¹. De telles considérations peuvent également être étendues *mutatis mutandis* au secteur de l'énergie (notamment en ce qui concerne l'éclairage public ainsi que la sécurité des réseaux de gaz en particulier).

C'est un amendement parlementaire⁴² qui a mené à la configuration actuelle de l'article 17 de l'ordonnance du 20 octobre 2006 qui prend le soin de désigner directement les opérateurs de l'eau sur le territoire bruxellois, alors que le projet initial donnait ce pouvoir au gouvernement.

39. L'article 2, alinéa 2, des statuts de l'IBDE précisent que toute commune, intercommunale et autre personne de droit public peut en faire partie dans les conditions prévues par l'article 14 qui requiert une délibération spéciale prise à la majorité des 2/3 des communes associées qui désignent pour ce faire à l'assemblée générale extraordinaire un délégué désigné à cette fin spécifique. L'article 6 exclut toutefois la participation de la Région bruxelloise en ce qu'elle exerce la tutelle sur l'intercommunale.

40. Article 6 des statuts de Vivaqua. L'article 9 prévoit toutefois que l'admission de nouveaux associés est prononcée par l'assemblée générale mais aussi que les sommes de souscription d'au moins une part sociale sont à fonds perdus.

41. Doc. P.R.B. A-302/1-2005/2006, pp. 11 et 12 pour le commentaire général relative aux articles 17 et 18.

42. Doc. P.R.B. A-302/2-2005/2006, p. 64 pour les discussions sur le vote de l'amendement et 266 pour son texte.

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

Cette désignation directe, à lire en combinaison avec les statuts des intercommunales concernées, aboutit ainsi à conférer les missions légales de service public suivantes:

- à VIVAQUA
 - le stockage et le traitement d'eau potable destinée à la consommation humaine;
 - la production et le transport d'eau potable destinée à la consommation humaine, pour autant qu'elle soit fournie ou destinée à être fournie par un réseau public de distribution;
 - la gestion opérationnelle intégrée des infrastructures assurant la distribution d'eau et la collecte des eaux urbaines résiduaires;
- et à l'IBDE
 - la distribution d'eau potable destinée à la consommation humaine;
 - la conception, l'établissement et la gestion de l'exploitation des infrastructures assurant la collecte des eaux usées qui lui sont confiées par les communes.

En vertu de l'article 17, § 2, de cette ordonnance, l'IBDE et VIVAQUA se sont vus octroyer des droits exclusifs pour ce qui concerne les actifs propriétés des pouvoirs locaux (les infrastructures apportées par les communes comme celles développées au fil de l'activité des deux intercommunales), leur désignation étant logique puisqu'elles disposent des droits leur permettant d'utiliser, gérer et exploiter les installations affectées aux missions qui leur sont confiées en vertu de l'article 17, § 1^{er}.

L'article 18 est pour sa part le siège de l'attribution à la nouvelle SBGE (Société bruxelloise de gestion des eaux) des missions de service public autres que celles susmentionnées, en particulier la conception, l'établissement et la gestion de l'exploitation assurant l'épuration des eaux usées ainsi que celles assurant la régulation des flux d'eaux usées et la lutte contre les inondations⁴³.

§ 3 – La situation de l'IBDE et de VIVAQUA si le «in house» ne leur était pas reconnu

- Les droits exclusifs

Se pose de prime abord la question du régime juridique applicable aux marchés publics de l'IBDE après son absorption de l'IBRA. A priori, les activités concernant l'eau potable entrent dans le champ d'application de la directive européenne 2004/17, en vigueur depuis le 1^{er} février 2006, et de l'arrêté royal du 10 janvier

43. La désignation de la SBGE pour un terme de 50 ans n'a pas été directement le fait du législateur mais d'un arrêté du gouvernement. Sur la station d'épuration Nord, concession de travaux publics attribuée au consortium Aquiris, la SBGE ayant succédé à la Région comme pouvoir concédant, voyez les deux rapports de la Cour des comptes (2003 et 2006).

LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN

1996, toujours en vigueur dans l'attente de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi du 15 juin 2006 sur les marchés publics, transposant la nouvelle directive, et de ses arrêtés d'exécution. Par contre, les activités concernant les eaux usées, héritées de l'IBRA, entrent dans le champ d'application de la directive européenne 2004/18 et de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. A quel régime appartiennent dès lors les marchés publics organisés par la nouvelle intercommunale partant du principe qu'elle fusionne une entité dont les activités relèvent des secteurs classiques et une entité dont les activités relèvent des secteurs spéciaux? L'article 4, § 2, b) de la directive 2004/17 sur les secteurs spéciaux – dont celui de l'eau – répond au problème en disposant que cette dernière s'applique aux marchés passés par une entité dans les domaines de la mise à disposition, l'exploitation, la production, le transport, la distribution et l'alimentation des réseaux fixes en eau potable destinés à fournir un service au public ainsi qu'aux marchés passés par cette même entité qui bien que relevant de la directive 2004/18 sont liés à l'évacuation et au traitement des eaux usées. L'ensemble des activités de l'intercommunale fusionnée relèvera donc du régime des secteurs spéciaux. Quant aux activités de la CIBE, elles relèvent aussi de la directive 2004/17.

L'octroi de droits exclusifs dûment justifiés par le projet du gouvernement permet, puisqu'il s'agit essentiellement de services – dont celui de la gestion opérationnelle intégrée de tous les réseaux, en particulier à l'aide du réseau de répartition qui est la propriété de VIVAQUA – de faire jouer l'exception prévue par l'article 25 de la Directive 2004/17.

Outre le lien intime entre mission historique communale en matière de police administrative générale, développement de services publics organiques intercommunaux et répartition des droits réels entre communes et intercommunales, le choix de recourir à l'instauration de monopoles sur les différentes phases du cycle de l'eau qui sont de la responsabilité des intercommunales à des personnes morales de droit public est justifié par la considération selon laquelle un élément aussi vital que la qualité de l'eau de consommation soit attribué sur l'unique base de la concurrence économique⁴⁴. De surcroît, la remarquable stabilité du prix de production pratiqué par VIVAQUA plaide également en ce sens afin que le prix de l'eau demeure abordable pour la population⁴⁵.

Les intercommunales demeurant pures, aucun concurrent privé ne s'est trouvé évincé par l'organisation institutionnelle renforcée par les droits exclusifs qui trouvant désormais un fondement légal sont également octroyés en adéquation avec la jurisprudence récente du Conseil d'Etat sur les monopoles communaux⁴⁶.

44. Doc. P.R.B. A-302/1-2005/2006, p.14.

45. Mais il paraît relativement évident que les contraintes environnementales européennes, notamment en matière d'épuration, ainsi que le coût de la réfection du réseau d'égouttage influenceront au moins partiellement à la hausse sur le prix total du mètre cube.

46. CE 21 avril 2004, n° 130.492, *SPRL Funérailles Clerdent et SPRL Funérailles Derwa*, avec le rapport de l'auditeur B. LOMBAERT (*Rev.Dr.Comm.*, 2005). L'auditorat, vu le ressort géographique limité de ce dossier, préconisait par ailleurs l'application du droit interne de la concurrence plutôt que du droit européen.

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

Les travaux préparatoires ont montré la crainte de certains parlementaires quant à l'absence du caractère «in house» des relations entre l'IBDE et VIVAQUA puisque, alors que les statuts de la première désignent directement la seconde comme chargée de la gestion opérationnelle de ses missions de distribution et d'égouttage, l'IBDE n'est pas actionnaire de VIVAQUA⁴⁷.

Il est vrai que la spécificité historique de cette relation laisse persister la disposition des statuts de l'IBDE qui charge explicitement VIVAQUA de l'exploitation mais l'ordonnance de 2006 impose également à son tour ce schéma d'organisation qui existe depuis la création de l'IBDE en 1989, soit bien avant l'émergence de la jurisprudence TECKAL. Un mécanisme semblable ayant été instauré pour l'exploitation de la gestion de la défunte IBRA dont les statuts étaient le décalque de ceux de l'IBDE⁴⁸, elle a également succédé aux droits et obligations de celle-ci lors de la fusion de 2006.

Au nom de la sécurité juridique, peut tout d'abord être plaidée la non-remise en question de la convention IBDE qui expire en 2019 ainsi que de la convention IBRA dont les droits et obligations sont repris également par l'IBDE (en ce sens C.J.C.E., *Commission contre Autriche 2005*).

Mais c'est toutefois l'octroi de droits exclusifs aux deux opérateurs intercommunaux qui plaide le plus sérieusement pour que les règles relatives aux marchés publics ne s'appliquent pas dans leur relation.

Pour remplir une ou plusieurs des missions de service public visées au § 1^{er} de l'article 17 du projet d'ordonnance, l'opérateur bénéficiant de droits exclusifs peut soit recourir à ses moyens propres et réaliser sa ou ses missions en régie (en «in house»), soit externaliser la réalisation de celle(s)-ci en recourant aux services d'autres opérateurs. La relation contractuelle instaurée par cette externalisation répondra soit à la notion de contrat à titre onéreux et tombera dans le champ d'application de la réglementation des marchés publics, soit à la notion de concession de services publics qui, si elle s'est vue expressément exclue du champ d'application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE n'échappe toutefois pas à l'obligation de respecter certains principes résultant du traité CE (obligations en matière de publicité, d'égalité de traitement et de transparence). Cette obligation a été confirmée à de nombreuses occasions par la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (C.J.C.E., affaire 275/98 du 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavian*; C.J.C.E., affaire C-324/98 du 7 décembre 2000, *Telaustria*; C.J.C.E., affaire C-231/03 du 21 juillet 2005, *Coname*).

47. Doc. P.R.B. A-302/2-2005/2006, pp. 8 et suivantes.

48. L'article 12 des statuts de l'IBRA prévoyait avant son absorption par l'IBDE qu'elle pouvait «concéder» l'exploitation administrative, technique et commerciale de ses services et installations, ce qui fut organisé par convention du 24 septembre 2003.

LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN

En l'occurrence, la relation entre nos deux opérateurs s'avère elle aussi encadrée de droits exclusifs. Autrement dit, l'IBDE, quand elle souhaite externaliser une de ses missions, n'a pas d'autre latitude que de recourir à VIVAQUA en tant qu'opérateur de l'eau bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, et n'est donc pas tenue par les obligations fixées par les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE ou par le traité CE. Comme l'opérateur qui bénéficie de droits exclusifs pour assurer certaines missions doit recourir à un tiers également titulaire de droits exclusifs pour en assurer la gestion opérationnelle, il n'a donc d'autre choix que de faire appel à l'opérateur bénéficiant des droits exclusifs pour la mission portant sur «*la gestion opérationnelle intégrée des installations assurant la distribution d'eau et la collecte des eaux usées*».

Il était dès lors essentiel que le commentaire de l'article 17 de l'ordonnance du 20 octobre 2006 précise expressément en quoi l'octroi des divers droits exclusifs est conforme à l'article 86, § 2, du Traité. Quatre critères doivent être remplis pour ce faire.

Le premier critère, déterminé par les arrêts *CORBEAU* (1993) et *COMMUNE D'ALMELO* (1994) est assurément rencontré puisque les intercommunales d'eau, chacune dans sa sphère d'attributions et ensemble dans le cadre de la gestion intégrée du cycle de l'eau organisée par l'ordonnance, doivent assurer la fourniture ininterrompue d'eau sur l'intégralité du territoire des 19 communes (qui est aussi le ressort territorial régional) à tous les consommateurs, dans les quantités demandées à tout moment, à des tarifs uniformes (la tarification solidaire et écologique s'appliquant de la même manière à tous les ménages) et selon des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les usagers. L'économie générale de la gestion du secteur de l'eau telle qu'envisagée par l'ordonnance prise dans son ensemble est conforme à cette exigence.

Tant les statuts que la nouvelle ordonnance permettent de conclure facilement que les missions de service d'intérêt économique général ont bien été attribuées par actes de la puissance publique, ce qui rencontre la deuxième condition.

Est de même rencontré le troisième critère de la jurisprudence *COMMUNE D'ALMELO* puisque le maintien de ce schéma d'organisation qui exclut la concurrence est manifestement le seul à même de garantir le maintien relatif du niveau des prix et la gestion unifiée des missions légales des communes en matière de sécurité et de salubrité publiques.

Enfin, quatrième critère, le commerce entre les Etats membres de l'Union européenne ne saurait être affecté par l'instauration de droits exclusifs limités au seul territoire régional bruxellois.

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

Les raisonnements économiques sous-tendant cette exclusion de la concurrence semblent également solides:

«A la différence de certaines infrastructures de communications qui sont en concurrence entre elles (comme le rail et la route) ou les activités pour lesquelles des réseaux concurrents sont concevables (comme la téléphonie mobile), il est finalement inconcevable, tant pour des raisons de sécurité, de gestion rationnelle des voiries et d'utilisation des espaces dans un milieu urbain densifié comme celui de Bruxelles, que soient dédoublés les réseaux d'adduction, de répartition, de distribution et d'égouttage. Seule leur gestion monopolistique par deux intercommunales est cohérente. Les mêmes raisons militent pour le maintien des monopoles sur la prestation des services qui y sont intimement liés (la tarification solidaire, progressive et environnementale; la surveillance de la qualité...) et permettent seules de maintenir le niveau de facturation aux consommateurs finaux. Leur dissociation générerait des coûts de transaction (maintenance, informatique, commercialisation...) largement supérieurs à ceux pratiqués au demeurant à prix coûtant au détriment de la protection des consommateurs»⁴⁹.

Qui plus est, dès lors que le législateur a organisé l'octroi direct de droits exclusifs, les communes qui souhaiteraient voir développer des services annexes nouveaux, sont désormais également obligées de s'adresser à l'IBDE et à VIVAQUA en fonction de leurs missions statutaires et surtout légales de service public.

– La substitution aux communes

Les statuts nouveaux de l'IBDE, adoptés en 2006, continuent, comme avant la fusion avec l'IBRA, à prévoir explicitement la substitution de l'intercommunale aux communes⁵⁰. En ce qui concerne le système de demande de services à la carte, la substitution est intégrale également pour les services transférés (si une commune décide de ne pas en transférer un ou plusieurs, elle fait appel à ses propres services pour les assurer ou elle passe commande par voie de marché public)⁵¹.

Les statuts de VIVAQUA ne prévoient pas explicitement la substitution aux communes encore que le dessaisissement soit induit par la répartition des droits de propriété. VIVAQUA est en effet elle-même propriétaire du réseau d'adduction tant du site de captage de MODAVE que des installations de stockage et des réseaux de répartition sur le territoire de la Région bruxelloise, autant de tâches que les communes n'ont plus jamais assumées dans les faits au fur et à mesure du déve-

49. Doc. P.R.B. A-302/1-2005/2006, p. 18.

50. Article 3, alinéa 3, des statuts de l'IBDE.

51. Le nouvel article 11bis des statuts de l'IBDE permet la poursuite de l'exercice des missions transférées anciennement à l'IBRA, chaque commune pouvant choisir de lui déléguer de 1 à 4 des 4 tâches suivantes en plus du service de l'assainissement: 1) surveillance du réseau d'égouttage; 2) sa gestion hydraulique ainsi que celle des eaux pluviales et de ruissellement; 3) exploitation du réseau d'égouttage; 4) gestion intégrée dudit réseau. Chaque commune renonce à exercer directement ou indirectement les compétences qu'elle aurait transférées en matière d'assainissement.

LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN

loppement desdites infrastructures; telle est d'ailleurs la raison d'être de VIVAQUA qui assume bien cette mission en pleine autonomie.

Dès lors, si l'IBDE, VIVAQUA ou les deux ne remplissaient pas les conditions du «in house», la substitution des intercommunales aux communes, dans la mesure où la Commission européenne l'accepte depuis 2007, est elle aussi de nature à écarter l'application des règles marchés publics.

Les deux intercommunales n'ont pas à être «in house» dans leurs relations entre elles, mais pour autant que l'essentiel de leurs chiffres d'affaires respectifs soient accomplis pour et sur le territoire des communes qui les composent, elles peuvent bien être considérées chacune isolément comme «in house» par rapport aux communes conformément à l'arrêt *ASEMFO* de 2007.

La combinaison de l'action des deux intercommunales, tant en vertu de leurs statuts que de l'article 17 de l'ordonnance du 20 octobre 2006, aboutit à un schéma d'organisation sans doute complexe (encore que la suppression d'une intercommunale l'ait simplifié) mais rien ne permet de conclure a priori à son incompatibilité avec le Traité CE. Il s'agit alors aussi de mesures d'organisation internes du service public de l'eau auxquelles sont parties les 19 communes bruxelloises. Celles-ci ont agi dans le cadre de l'autonomie que leur reconnaissent les articles 41 et 162 de la Constitution, en ce compris en actionnant leur droit d'instituer une ou plusieurs personnes morales de droit public dans le respect de la loi de 1986, et en l'occurrence pour gérer les missions de police administrative générale conformément à l'article 135 de la nouvelle loi communale. L'article 295 du Traité CE ne saurait aboutir à remettre en cause ces manifestations bien établies de l'autonomie communale, le droit communautaire devant respecter le régime de propriété sur ces infrastructures essentielles à la gestion intégrée du cycle de l'eau.

En toute hypothèse, l'octroi de droits exclusifs opéré directement par voie législative est de nature à conforter la conclusion selon laquelle les relations entre communes et IBDE, communes et VIVAQUA, IBDE et VIVAQUA, doivent échapper aux règles sur les marchés publics. A notre avis l'ensemble de l'architecture institutionnelle de l'eau plaide également en faveur de cette conclusion puisque l'ensemble ainsi formé est parfaitement apte à rencontrer les besoins d'alimentation de la population et des entreprises bruxelloises en eau de qualité⁵².

Au total, considérée dans son ensemble, l'organisation des intercommunales d'eau paraît conforme aux stipulations du droit de la concurrence.

52. Rien n'interdit a priori en droit belge d'organiser le service public en désignant comme responsable une entité alors qu'une autre doit en assurer l'exploitation, *a fortiori* quand les communes sont les actionnaires des deux intercommunales en cause ici. Bref que l'une dise où et comment œuvrer et que l'autre use des outils pour rencontrer les objectifs assignés, sans préjudice au demeurant des missions propres qui sont les siennes par ailleurs.

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

Section 5

Préserver le rôle historiquement et économiquement justifié des communes

Même si en raison de leur forte régulation par le législateur les secteurs de l'énergie et de l'eau ne relèvent plus intégralement de l'intérêt communal, ici géré par l'entremise d'intercommunales, le souci de la région et des 19 communes bruxelloises a été de préserver leur caractère public.

La rationalité économique en est tout simplement que les réseaux nécessaires à l'accomplissement des missions de service public brièvement exposées ici sont propriété soit des communes, soit des intercommunales selon les modalités définies par leurs statuts respectifs. La rationalité sociale réside assurément dans le souci de maintenir aussi bas que possible les prix globaux de l'eau même si de nouveaux chantiers d'importance s'annoncent comme la réfection des réseaux bruxellois d'égouttage.

La volonté, conforme à l'article 295 du Traité, de maintenir la propriété publique des réseaux ne saurait être remise en cause par la bande. Autrement dit, la privatisation et la libéralisation par la voie des marchés publics ne peuvent être poussées plus loin que ce qu'autorisent les directives sectorielles en matière d'énergie (arrêt *FRANCE CONTRE COMMISSION* 1997), ni instillées dans le secteur non libéralisé de l'eau (conclusions de l'avocat général KOKOTT sur l'affaire *BRIXEN* 2005), sans violer cette disposition.

Agir de la sorte est parfaitement en conformité avec l'article 16 du Traité et le futur protocole relatif aux services d'intérêt général qui fait partie du Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007.

Qui plus est, une fois chargées de leurs missions par les communes ainsi que par le législateur ordonnantiel, les intercommunales sont évidemment soumises aux règles sur les marchés publics dans leur fonctionnement quotidien comme en ce qui concerne leurs investissements. Les principes qu'entendent sauvegarder les règles communautaires en matière de marchés publics sont donc en bout de course respectés.

Le législateur bruxellois semble ainsi avoir réussi la gageure non seulement d'ériger en services d'intérêt économique général, qualification qui relève au premier chef des autorités nationales faut-il le rappeler, la gestion des réseaux énergétiques ainsi que la gestion des différents réseaux d'eau ainsi que des services qui les empruntent, mais aussi de justifier en quoi l'octroi de ces missions de services d'intérêt économique général ne devaient pas être attribuées après mise en concurrence. En ce qui concerne les réseaux de distribution d'électricité, de gaz et d'eau,

LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN

il y a eu application de la théorie du monopole naturel. En ce qui concerne les marchés libéralisés, de l'électricité et du gaz, le libre accès des tiers aux réseaux est garanti par application de la théorie sur l'accès aux facilités essentielles⁵³. En ce qui concerne le marché (si tant est qu'il y en ait un) des différentes composantes du cycle de l'eau, le secteur n'étant pas libéralisé, il n'y a avait pas lieu de faire application de cette dernière théorie.

Cela n'aurait en effet pas de sens, comme les travaux préparatoires des diverses ordonnances l'ont montré, de permettre la création de réseaux concurrents sur un territoire aussi spécifique que celui de la Région bruxelloise, sans compter les incommensurables problèmes de sécurité que cela poserait.

Même si c'est par le truchement d'intercommunales et même si les intérêts gérés ne sont plus purement communaux depuis l'intervention des ordonnances sectorielles, le souci de la préservation des missions révolutionnaires, au sens historique du terme, des communes en matière de police administrative générale a justifié depuis 1891 pour l'eau, dans la foulée de la loi de 1925 pour l'électricité et en conformité avec la loi de 1965 pour le gaz, la création de services publics. Et pas n'importe lesquels: des services publics organiques.

Le choix de la voie organique pour la gestion du service public n'est pas dû au hasard ou au caprice. En étant responsables et propriétaires des voiries, lesquelles représentent de surcroît depuis le Code civil de 1804, l'archétype du domaine public, les communes et leurs intercommunales sont les propriétaires légitimes des infrastructures et ont, de tous temps, cherché à mutualiser les risques de gestion et à réaliser des économies d'échelle tant par souci d'efficacité dans la prestation du service public que par celui de limiter les efforts financiers demandés à la population.

Il s'est agi en bout de course de conforter législativement des droits exclusifs, des monopoles, existant déjà dans les faits voire en droit, aux termes des statuts des intercommunales. En effet, la détention par les intercommunales de droits réels, soit d'usage, soit en pleine propriété, leur confère depuis longtemps l'exclusivité économique et juridique de leur utilisation, ce qui est d'ailleurs le propre des droits réels.

53. E. COMBE (*La politique de la concurrence*, Paris, La Découverte, 2002) définit comme suit une facilité essentielle (généralement une infrastructure) «une entreprise doit assurer l'accès des concurrents à une ressource rare qu'elle possède, dès lors que trois conditions sont réunies: 1) la ressource est difficilement reproductible pour des raisons techniques (songeons à une ressource naturelle) ou de coût prohibitif (songeons à une voie de chemin de fer); 2) l'accès des concurrents à cette ressource est nécessaire pour que la concurrence puisse s'exercer; 3) l'entreprise qui la possède est présente à plusieurs stades du processus de production: elle est donc en concurrence avec les firmes qui souhaitent accéder à sa ressource».

On remarquera que cette troisième condition d'ordre économique ne sera plus présente lors du départ définitif d'Electrabel du capital de Sibelga; mais l'accès des tiers aux réseaux de distribution est une exigence des directives sectorielles. Dans le cas des réseaux du cycle de l'eau, il n'y a pas lieu d'appliquer cette théorie puisque les conditions de l'existence du deuxième critère ne sont pas remplies vu l'absence de concurrents.

DIMITRI YERNAULT ET BENJAMIN CADRANEL

La coopération intercommunale aura constitué le banc d'essai pour une théorie d'interprétation extensive du champ d'application des marchés publics. Ces derniers mois, des entreprises publiques nationales ont à leur tour connu l'épreuve du feu avec insuccès (AGUSTA en Italie, CORREOS en Espagne).

D'autres remarques pourraient encore être formulées à propos de la déperdition d'efficacité qu'entraînerait une extension induite des marchés publics. S'ensuivrait une multiplication des procédures dans un contexte juridique global qui demeure fort peu clair. Mais, sans même rentrer dans les détails relatifs à la constitution de PPP institutionnalisés (puisque les choix opérés en Région bruxelloise sont ceux de l'institution de services publics organiques purs), on peut aussi relever les difficultés de concilier, dans les relations entre région et pararégionaux ou entre elle et des sociétés dont elle est actionnaire, les exigences relatives aux marchés publics (critère du contrôle analogue) et celles du SEC95 (autonomie décisionnelle). Dans le cas des réseaux énergétiques, la mise en concurrence pourrait par ailleurs déboucher sur une remise en cause de l'indépendance graduellement acquise de SIBELGA leur gestionnaire, alors même qu'elle a été jugée conforme avec les règles européennes et belges sur les concentrations et qu'elle permet d'anticiper sur les nouvelles réformes annoncées par la Commission européenne.

Si l'on devait suivre l'arrêt *CORREOS* du 18 décembre 2007 sur le critère «essentiel de l'activité», ce serait ni plus ni moins que la fin du service public organique puisque cet arrêt considère que ce n'est pas pour le compte de l'Etat espagnol mais des clients que CORREOS opère essentiellement. Cela signifierait que dès que ce n'est pas la collectivité élue qui définit le service public qui le gère elle-même, il y aurait impossibilité de satisfaire au deuxième critère du «in house».

L'avenir proche nous dira s'il y a lieu oui ou non d'asseoir le constat selon lequel la libéralisation devrait connaître des limites structurelles quand on touche au niveau de gestion local des services publics.

Le Parlement européen, même en tenant compte de sa configuration politique actuelle, semble bien avoir compris tout l'intérêt qu'il y a de préserver le libre choix des modes de gestion du service public par les collectivités locales (auditions du 20 avril 2006 et résolution sur les services d'intérêt général de septembre 2006), encore que le nouveau règlement sectoriel sur le service public du transport de voyageurs (octobre 2007) ne soit pas des plus précis dans sa définition du terme d'«opérateur interne» (inspiration marquée par le «in house»), cas de figure d'organisation qui permet d'échapper à la mise en concurrence.

Maintenir des services publics de qualité à un échelon de pouvoir proche des gens est de nature à asseoir leur légitimité comme elle peut aussi donner une assise plus solide à la légitimité de l'action politique, juridique et économique des institutions européennes si elles décident enfin de permettre ce maintien. Ce relatif retour en faveur, que l'on espère durable, de l'autonomie locale s'inscrit malgré tout dans

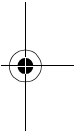
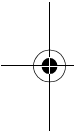


LES CONTRAINTES DU DROIT EUROPÉEN

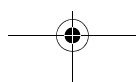
une perspective institutionnelle tout aussi moderne que ne l'est le paradigme envahissant de la mise en concurrence, celle de la subsidiarité définie par la Charte européenne de l'autonomie locale.

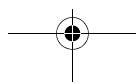
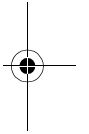
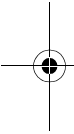
La répartition des droits réels et de propriété entre communes et intercommunales, en particulier sur les réseaux historiquement développés sous la voirie publique, devrait continuer à être préservée. Outre la vraie richesse économique que la voirie représente pour les communes⁵⁴, le maintien d'une propriété publique, même gérée de manière complexe, est apparu aux yeux du législateur bruxellois comme le gage:

- 1) de la préservation de la sécurité des alimentations à tous égards,
- 2) d'une protection optimale de l'environnement et
- 3) d'un maintien maîtrisé de certaines composantes du prix de l'énergie et de l'eau, des biens indispensables à la vie sociale et économique et plus fondamentalement au droit pour chacun de mener une vie conforme à la dignité humaine.



54. Ne sera pas abordée ici la très complexe organisation des différents modes de compensation des pertes de dividendes que représente pour les communes l'abandon de l'activité de fourniture d'énergie. Elle est, à Bruxelles, assurée pour partie par la redevance de voirie due à chaque commune par Sibelga pour la mise à disposition de ses voiries en vue de faire passer les réseaux (dans les conditions d'encadrement portées par l'ordonnance du 1^{er} avril 2004) et pour une autre partie par la sortie progressive d'Electrabel du capital de Sibelga au profit des communes.







CHAPITRE 5 LA RÉGION WALLONNE FACE À L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE «IN HOUSE»

par
Cédric MOLITOR
Avocat au barreau de Bruxelles
Assistant à l'UCL
Secrétaire de l'AFSA

Introduction

1. L'objet de la présente contribution est de présenter la réponse qui a été apportée par les autorités de la Région wallonne aux mises en demeure de la Commission européenne fondées sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative au mode de gestion des services locaux. Le texte commence par une brève présentation du processus de rationalisation actuellement mené à l'égard des intercommunales wallonnes (I). On rappelle ensuite le contenu et la portée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à l'exception «in house», ainsi que les initiatives prises par la Commission sur la base de cette jurisprudence (II). Sont enfin examinés ce qui peut être considéré comme les éléments de réponse de la Région wallonne à ces évolutions du droit européen, soit la circulaire relative aux relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs, adoptée le 13 juillet 2006, et le décret du 19 juillet 2006 modifiant le régime des intercommunales wallonnes.

Section 1 *La rationalisation des intercommunales wallonnes*

2. Le phénomène de l'intercommunalité connaît en Région wallonne un développement particulièrement important. En 1999, on comptait 135 intercommunales



CÉDRIC MOLITOR

actives sur le territoire de la Région, dans plus de 9 secteurs d'activités différents, soit:

- l'expansion économique. Les activités des intercommunales d'expansion économique sont assez diverses et concernent notamment l'aménagement et la gestion de parcs industriels, la construction et la gestion de centre d'entreprises, l'assistance technique aux entreprises...¹;
- la télédistribution;
- la gestion de déchets. Dans le secteur de l'environnement, on peut également citer les intercommunales s'occupant de la gestion de parcs naturels;
- le secteur de l'eau. Dans ce secteur, les intercommunales sont actives tant en matière de production et de distribution d'eau qu'en matière d'épuration;
- l'énergie (gaz et électricité). Les intercommunales actives dans ce secteur exercent principalement des activités de distribution;
- les intercommunales de financement;
- le secteur médico-social, dont l'objet social est la gestion des hôpitaux (secteur hospitalier), la gestion de maisons de repos ou d'établissements destinés aux seniors ou à la petite enfance (secteur des soins sociaux);
- enfin, le secteur des services. On regroupe sous ce vocable les intercommunales actives dans des secteurs fort variés (académies de musique, piscines, centres funéraires, gestion d'un circuit de courses automobiles, abattoirs, ...). Ces intercommunales sont généralement caractérisées par un ancrage local fort et un nombre peu important de communes associées.

Les intercommunales mixtes, soit celles qui associent non seulement des communes² mais également des personnes morales de droit privé, représentaient alors un tiers environ du nombre total des intercommunales wallonnes. Dans un intéressant *Vademecum des intercommunales en Région wallonne*³ publié en 1999, on précise que les intercommunales mixtes étaient essentiellement présentes dans le secteur de l'expansion économique, où ce modèle est nettement majoritaire⁴. Les associés privés y sont le plus souvent des organisations professionnelles et syndicales. Le secteur de l'énergie comptait quant à lui, 15 intercommunales mixtes, ce qui représentait plus d'un tiers des intercommunales mixtes de la Région wallonne et environ 40 % des intercommunales alors actives dans ce secteur.

3. Au début de l'année 2005, il existait 126 intercommunales actives sur le territoire de la Région wallonne. C'est à ce moment que le Gouvernement wallon a initié un processus de rationalisation des intercommunales dont l'objectif était, selon

1. Voy. le document intitulé *Vademecum des intercommunales en Région wallonne*, 1999, p. 3, disponible sur www.intercommunales-liegeoises.be. Voy. également, pour une description des activités d'un intercommunale d'expansion économique, la contribution de M. Marc DEBOIS, directeur général d'IGRETEC, dans cet ouvrage, p. ...
2. Et éventuellement d'autres personnes morales de droit public comme les provinces, voire d'autres intercommunales.
3. Disponible sur www.intercommunales-liegeoises.be.
4. Il y avait alors 13 intercommunales mixtes sur les 16 que comptait le secteur.

LA RÉGION WALLONNE FACE À L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE «IN HOUSE»

les termes employés par le Gouvernement, de parvenir à une gestion plus rationnelle et plus efficace dans le secteur tout en conservant la même qualité de service que celle offerte précédemment, en rendant le secteur plus transparent⁵. L'objectif était de supprimer 50 % des intercommunales existantes, compte non tenu des intercommunales interrégionales – il y en a 9 –, pour lesquelles la Région wallonne n'est pas seule compétente, et des intercommunales hospitalières – il y en a 6 – dont la restructuration dépend plus fondamentalement d'options à prendre par l'autorité fédérale. Au départ de 112 intercommunales, l'objectif du processus de rationalisation est donc d'arriver à 56 intercommunales.

En termes chiffrés, les objectifs précis du Gouvernement wallon étaient les suivants. Dans le secteur de l'expansion économique, le nombre d'intercommunales doit passer de 8 à 7. Il était prévu que les 6 intercommunales assurant la gestion d'un parc naturel soient intégrées aux intercommunales d'expansion économique. Dans le secteur de la télédistribution, à la faveur d'une vaste opération de rapprochement, les neuf entités préexistantes ont été remplacées par une seule société⁶. Dans le secteur des déchets, au départ de 12 intercommunales, il a été prévu d'en supprimer 5 pour n'en conserver que 7. Dans le secteur de la distribution d'eau, au côté d'autres types d'acteurs, on recensait 16 intercommunales actives sur le territoire wallon. Le projet du Gouvernement était d'en supprimer 13. Dans le secteur de l'énergie, la rationalisation devait permettre la suppression de 9 intercommunales sur 14. Enfin, dans les secteurs médico-social et divers, le processus de rationalisation devait mener à une diminution de 13 intercommunales sur 35⁷.

Le processus est à ce jour largement engagé. Il n'est cependant pas encore totalement achevé. Dans une réponse donnée le 5 mars 2008 à une question écrite posée par un membre du Parlement wallon, relative au processus de rationalisation des intercommunales, le ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique, rappelant l'objectif de supprimer 56 intercommunales sur 112, a indiqué que «l'objectif était atteint pour 46 intercommunales» et que les «secteurs de l'eau et de l'énergie (restaient) en-dessous des objectifs fixés»⁸.

La réduction du nombre d'intercommunales existantes a été obtenue par fusion ou par absorption⁹. Ce processus a été incitatif dans le chef des autorités gouverne-

5. Communiqué du Gouvernement wallon du 28 avril 2005, 11. Rationalisation et réforme des intercommunales, www.gov.wallonie.be
6. Sur la restructuration du secteur de la télédistribution en Région wallonne, voy. la circulaire du 29 novembre 2007 relative à l'affectation de la vente de l'activité de télédistribution par les communes, M.B., 12 décembre 2007; également C.E., n° 177. 029 du 22 novembre 2007, Telenet Bidco nv.
7. Communiqué du Gouvernement wallon du 26 janvier 2006, 36. Réforme des intercommunales: Evolution des processus de rationalisation, www.gov.wallonie.be
8. Question de M. Willy Borsus du 3 janvier 2008, sess. 2007-2008, n° 105(2007-2008) 1.
9. Voy. la circulaire du ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique de la Région wallonne du 27 avril 2006 sur les étapes de rapprochement et modalités d'organisations des secteurs d'activités, M.B., 5 mai 2006.

CÉDRIC MOLITOR

mentales wallonnes, et volontaire dans le chef des intercommunales. La rationalisation du secteur, et notamment la réduction du nombre d'intercommunales existantes, n'a donc pas été imposée par la voie décrétole.

Section 2

Les arrêts de la cour de justice et les mises en demeures de la commission

4. Dès le départ, les autorités wallonnes ont annoncé qu'elles coupleraient ce processus de rationalisation avec le projet d'une réforme des modes de fonctionnement des intercommunales, concrétisé par l'adoption du décret du 19 juillet 2006 modifiant le livre V de la première partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et le Livre I^{er} de la troisième partie du même Code. Le but annoncé de cette réforme était de permettre une plus grande transparence dans le secteur, tant vis-à-vis des usagers qu'entre les intercommunales et les communes associées, mais également, et sans doute dans une moindre mesure, de prendre en compte les évolutions du droit européen relatives au mode de gestion des services publics locaux¹⁰.

Cette évolution est avant tout le fait de la Cour de justice des Communautés européennes, dont la jurisprudence a établi et défini les contours de l'obligation de mise en concurrence et d'application de la réglementation sur les marchés publics dans l'organisation des modes de gestion des services locaux. Rapportée au contexte belge, cette jurisprudence concerne principalement les relations entre les communes et les intercommunales dont elles sont associées.

5. Comme cela est mieux développé ailleurs dans le présent ouvrage, il faut sur ce point se référer à 4 arrêts de la Cour de justice. Il s'agit de l'arrêt TECKAL du 18 janvier 1999¹¹, de l'arrêt STADT HALLE du 11 janvier 2005¹², de l'arrêt CARBOTERMO du 11 mai 2006¹³ et de l'arrêt ASEMFO du 19 avril 2007¹⁴.

L'arrêt TECKAL est le premier à avoir précisé les règles de concurrence, et plus particulièrement les règles relatives aux marchés qui s'appliquent aux relations se

10. Voy. l'exposé des motifs du projet de décret, Doc. Parl. wal. 403 (2005-2006) n° 1, p. 2; voy. également l'exposé du ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique devant la Commission de l'Intérieur et de la Fonction publique du Parlement wallon, Doc. Parl. wal. 403 (2005-2006) n° 27, pp. 4-6.

11. C.J.C.E., 18 novembre 1999, Teckal, aff. C-107/98.

12. C.J.C.E., 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03.

13. C.J.C.E., 11 mai 2006, Carbotermo, aff. C-340/04.

14. C.J.C.E., 19 avril 2007, Asemfo, aff. C-295/05.

LA RÉGION WALLONNE FACE À L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE «IN HOUSE»

noquant entre une commune affiliée et une intercommunale. Selon cet arrêt, pour que le droit des marchés publics s'applique, *«il suffit en principe que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut y aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent»*. Ce n'est que si ces deux conditions sont cumulativement remplies que la relation juridique entre une commune affiliée et une intercommunale peut être qualifiée de «in house» et qu'elle échappe par conséquent à l'application du droit des marchés publics. Dès le départ, la condition du contrôle analogue a posé des difficultés d'interprétation. On a pu souligner que cette condition ne pouvait viser une quasi identité, sauf à faire en sorte qu'elle ne puisse jamais être remplie¹⁵.

L'arrêt STADT HALLE est venu affiner, sur un point, la notion de contrôle analogue. Dans cet arrêt, la Cour de justice a considéré que *«la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause 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»*. Une commune ne peut donc en principe nouer une relation «in house» avec une intercommunale mixte dont elle est membre.

Les arrêts CARBOTERMO et ASEMFO sont également venus préciser les notions de contrôle analogue et celui de la réalisation de l'essentiel de l'activité avec la ou les collectivités qui détiennent l'entité considérée.

En ce qui concerne la première condition, relative au contrôle analogue par l'autorité publique, la Cour indique, dans son arrêt CARBOTERMO, que pour apprécier si cette condition est remplie, *«il convient de tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. Il doit résulter de cet examen que la société adjudicataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite société. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette société»*. Dépassant le stade de l'affirmation théorique, la Cour ajoute que *«la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisif, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres servi-*

15. D. Déom, «Quelques réflexions sur la liberté d'association appliquée aux communes», *Mouv. com.*, 12/2003, p. 455. Sur la notion de contrôle analogue, voy. aussi la circulaire du Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 2006 portant sur les relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs, M. B., 13 octobre 2006, point 2.2.2.

CÉDRIC MOLITOR

ces». Dans son arrêt ASEMFO, la Cour franchit un pas supplémentaire en affirmant cette fois que cette circonstance tend à indiquer qu'en principe¹⁶ le pouvoir adjudicateur concerné exerce sur la société adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

S'agissant de la seconde condition, relative au fait que l'essentiel de l'activité de l'adjudicataire en cause doit être réalisé avec la ou les collectivités publiques qui le possèdent, la jurisprudence de la Cour est fixée en ce sens que dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, cette condition peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité non pas nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces dernières prises dans leur ensemble¹⁷, étant entendu que l'activité de cette entreprise doit être consacrée principalement à l'ensemble de ces collectivités, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal¹⁸.

L'enseignement de ces deux derniers arrêts est que dans le cas d'une intercommunale, qui par hypothèse rassemble plusieurs communes ayant chacune une participation en son sein, les conditions du contrôle analogue et de la réalisation de l'essentiel de l'activité doivent être envisagées globalement, c'est-à-dire en tenant compte de la situation née de l'addition des participations de l'ensemble des entités publiques associées, et non en envisageant séparément la situation respective de chacune de ces entités publiques¹⁹.

6. Les autorités belges, et en l'occurrence les autorités de la Région wallonne, n'ont pas pris l'initiative de réagir directement aux évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative aux modes de gestion des services publics locaux et à l'application de la réglementation sur les marchés publics. Ces autorités ont en réalité été forcées de réagir, en raison d'initiatives prises par la Commission européenne sur la base de cette évolution jurisprudentielle.

A ce stade, il paraît intéressant de rapporter quelques éléments de chronologie²⁰.

L'arrêt TECKAL déjà cité, rendu le 18 janvier 1999, est à l'origine de deux mises en demeure adressées par la Commission européenne à la Belgique, le 16 octobre 2002 et le 16 décembre 2003, relatives à la compatibilité des modes de gestion des services locaux avec la législation communautaire sur le marché public. Après avoir pris connaissance de l'argumentation des autorités belges envoyées en février

16. Nous soulignons.

17. Arrêt Asemfo, point n° 62.

18. Arrêt Carbotermo, point n° 63.

19. A.-L. Durviaux, «Les pouvoirs locaux et le droit dérivé des marchés publics: la théorie de l'in house», dans cet ouvrage, p. ... n° 19.

20. Voy. les précisions données à ce propos dans l'avis du Conseil d'Etat sur l'avant-projet de décret réformant le régime des intercommunales wallonnes, devenu le décret du 19 juillet 2006, Doc. Parl. wal. 403 (2005-2006) n° 1, p. ...

LA RÉGION WALLONNE FACE À L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE «IN HOUSE»

2004 en réponse à la mise en demeure du 16 décembre 2003, la Commission a souhaité rencontrer lesdites autorités afin de discuter des conséquences de l'arrêt rendu par la Cour de justice le 11 janvier 2005 dans l'affaire STADT HALLE. Cet arrêt concernait plus particulièrement la situation des communes décidant de confier la gestion d'une part de l'intérêt communal à des entités mixtes, c'est-à-dire des entités juridiquement distinctes détenues conjointement par des partenaires publics et privés. Cette rencontre a eu lieu, s'agissant de la Région wallonne, le 7 avril 2006.

Au cours des mois qui ont suivi cette rencontre, les autorités de la Région wallonne ont pris deux initiatives qui peuvent être reliées aux mises en demeure de la Commission européenne. Il s'agit d'abord – dans l'ordre chronologique – de l'adoption par le Ministre-Président du Gouvernement wallon et le Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique, le 13 juillet 2006, d'une «*circulaire aux communes, provinces, régies communales et provinciales autonomes et intercommunales, C.P.A.S. et association Chapitre XII de la Région wallonne, portant sur les relations contractuelles entre deux pouvoirs adjudicateurs*»²¹. Il s'agit ensuite, et juste après, de l'adoption par le législateur wallon du décret du 19 juillet 2006 modifiant le livre V (de la Coopération entre communes) de la première partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et le livre I^{er} de la troisième partie du même Code²².

Section 3

La circulaire du 13 juillet 2006

7. L'adoption de la circulaire du 13 juillet 2006 est la conséquence directe des mises en demeure de la Commission européenne à l'Etat belge, relatives au mode d'organisation et de gestion des services publics locaux, et des contacts qui sont intervenus, dans ce contexte, entre les services de la Commission et les différentes autorités régionales, au cours du mois d'avril 2006. A cette occasion, la Commission européenne a exprimé «*le souhait de voir les régions «créer un guide administratif sous forme de circulaire par exemple qui puisse éclairer la pratique des marchés publics à la lumière de la jurisprudence récente de la Cour de justice», et ce sous peine de voir la Commission enclencher une procédure d'avis motivé*»²³.

L'objet et le contenu de la circulaire du 13 juillet 2006 sont ainsi parfaitement définis. En se référant aux principaux arrêts relatifs à la problématique «*in-house*» rendus jusqu'alors par la Cour de justice des Communautés européennes, la circulaire procède, d'une manière remarquablement succincte, à une synthèse de cette

21. M.B., 27 juillet 2006.

22. M.B., 23 août 2006.

23. Ph. Quertainmont, «*Avant-propos*» du présent ouvrage, n° 34, p. ...

CÉDRIC MOLITOR

jurisprudence et à une définition des conséquences de celle-ci sur les relations contractuelles entre les communes et les intercommunales ou les régies communales autonomes.

8. Le bel exemple de synthèse que constitue la circulaire du 13 juillet 2006 permet d'en reproduire ici le contenu intégral:

«Des arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes ont des incidences sur la gestion locale²⁴. Dès lors, il est apparu important de rappeler aux autorités communales, aux conseils d'administration des intercommunales et des régies communales autonomes certains des principes qui doivent régir leurs relations contractuelles.

De la jurisprudence actuelle de la Cour de justice, il y a lieu de rappeler les éléments suivants:

1. La Cour de justice a adopté une définition largement extensive de l'expression «marché public» dont il y a lieu de tenir compte dans l'application de la législation nationale en vigueur;
2. L'expression «marché public» vise ainsi les relations contractuelles à titre onéreux qui ont pour objet des prestations économiques, travaux, fournitures, services qui se lient entre deux pouvoirs adjudicateurs au sens du droit communautaire sur les marchés publics et de la législation nationale transposant ce concept;
3. Le droit communautaire et le droit national relatifs au marché public ne s'appliquent cependant pas lorsque les pouvoirs publics font appel à leurs propres services (sans personnalité juridique) pour l'accomplissement de certaines activités économiques;
4. Le droit communautaire et le droit national relatifs au marché public ne s'appliquent pas aux prestations de services attribuées à un pouvoir adjudicateur sur la base d'un droit exclusif dont il bénéficie en vertu de dispositions législatives ou réglementaires publiées et conformes au traité instituant la Communauté européenne;
5. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, le droit dérivé des marchés publics ne s'applique pas à la relation dite «in house». Cette relation «in house» se caractérise notamment par le fait que la ou les entités publiques créatrices d'une structure publique puissent recourir ou utiliser cette dernière pour autant que cette structure:
 - a. exerce l'essentiel de ses activités pour le compte des entités créatrices;

24. La circulaire mentionne en note, à cet endroit:
«Notamment les arrêts:
C-107/98 Teckal 18 November 1999.
C-26/03 Stadt Halle 11 January 2005.
C-458/03 Parking Brixen 13 October 2005.
C-410/04 ANAV 6 April 2006.
C-340/04 Carbotermo 11 May 2006».

LA RÉGION WALLONNE FACE À L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE «IN HOUSE»

- b. fasse l'objet d'un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services, peu importe que la rémunération soit assurée par ces entités créatrices ou par un tiers;
6. Dès qu'une participation minoritaire privée est au capital de la société créée, la relation dite «in house» ne peut exister;
7. Des obligations de transparence dans l'attribution de contrats sortant du champ d'application de la réglementation des marchés publics tels que des concessions de service public, sont également à respecter.

Ainsi, l'obligation de transparence à charge du pouvoir adjudicateur «consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication».

Pour déterminer ce «degré de publicité adéquat», il y a lieu de considérer dans le cadre d'une analyse de marché, pour quels opérateurs économiques le contrat projeté présente un intérêt. La concurrence potentielle, la valeur et l'objet du contrat joueront à cet égard un rôle décisif. Il convient ensuite de poser la question de la publication, de son contenu et de son mode le plus adéquat en regard de la circonstance en question (soit d'une part la portée géographique, c'est-à-dire le niveau local, régional, national ou européen, et d'autre part le média proprement dit, de l'affichage communal à la publicité via internet en passant par la communication imprimée classique dans les journaux officiels ou la presse spécialisée).

Il convient donc de tenir compte scrupuleusement des conséquences de ces derniers développements de la jurisprudence européenne dans toutes les relations contractuelles entre pouvoir adjudicateur. Les services de la Direction générale des Pouvoirs locaux compétents en ces matières sont à votre disposition pour tout soutien technique qui vous serait nécessaire aux fins d'inscrire vos projets dans le respect des réglementations en vigueur».

9. On sait que la Région de Bruxelles-Capitale et la Région flamande ont également chacune adopté une circulaire à l'objet identique, respectivement le 11 juillet 2006 et le 4 octobre 2007. A la suite de l'adoption de ces circulaires par la Région wallonne, la Région de Bruxelles-Capitale et la Région flamande, les services de la Commission européenne ont fait savoir qu'ils considéraient «*le cadre juridique applicable (aux modes de gestion de services publics locaux confiés à des entités mixtes) clarifié dans la mesure où les autorités belges ont établi dans ces textes explicatifs les conséquences de l'arrêt Stadt Halle pour la passation des marchés publics à des entités «mixtes» qui exécutent des services publics locaux*», tout en précisant que «*Pour cette raison, (ils avaient) l'intention de proposer le classement de l'affaire*», la décision de classement définitive appartenant à la Commission elle-même²⁵.

25. Lettre de la Commission européenne, Direction générale Marché Intérieur et Services du Représentant permanent de la Belgique auprès de l'Union européenne du 21 décembre 2007, ayant pour objet la «*procédure d'infraction 2002/2167*».

CÉDRIC MOLITOR

En l'espèce, le recours au procédé de la circulaire peut étonner. La circulaire du 13 juillet 2006 ne correspond en effet à aucune des catégories de circulaires identifiées par la jurisprudence ou décrites par la doctrine²⁶. Il est en outre inhabituel de voir une autorité commenter, par ce biais, un point de droit ou une question juridique qui ne relève pas de sa compétence. Or il est essentiellement question, dans la circulaire du 13 juillet 2006, du champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics, matière qui relève de la compétence des autorités européennes et, en droit interne, de la compétence de l'Etat fédéral. On peut également s'étonner de la position adoptée par la Commission européenne qui a en quelque sorte conditionné le classement des procédures de mises en demeure qu'elle avait initiées à l'adoption de textes explicatifs qui ne modifient rien à l'ordonnancement juridique mais qui se limite à rappeler la portée de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à la problématique «*in-house*».

Quoi qu'il en soit, on retiendra principalement que c'est l'adoption par les autorités wallonnes de la circulaire du 13 juillet 2006, ainsi que l'adoption par les autorités des régions bruxelloise et flamande de circulaires à l'objet identique, qui a permis de mettre un terme aux procédures de mises en demeure initiées par la Commission européenne.

Section 4

Le décret du 19 juillet 2006

10. Le décret du 19 juillet 2006, qui a modifié le Livre V du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, relatif à la coopération entre communes, peut lui aussi être considéré comme un élément ou tentative de réaction aux évolutions du droit européen relatif aux modes de gestion des services publics locaux.

Cette appréciation se fonde sur des éléments de chronologie. Le processus ayant mené à l'adoption de ce décret a en effet été initié à un moment où des discussions étaient menées entre les services de la Commission européenne et les autorités régionales belges, portant des conséquences de l'arrêt STADT HALLE du 11 janvier 2005, sur le respect par ces autorités des règles de concurrence au sein des entités regroupant des partenaires publics et privés, comme les intercommunales mixtes. On sait que dans ce cadre, une rencontre a eu lieu entre la Commission européenne et la Région wallonne, le 7 avril 2006. Il est intéressant de noter que l'avant-projet de décret a été transmis pour avis au Conseil d'Etat le 5 mai 2006,

26. Voy., sur ce point, P. Goffaux, *Dictionnaire élémentaire de droit administratif*, Bruylant, Bruxelles, 2006, v° *Circulaire ministérielle*, pp. 45 et s., qui cite les circulaires interprétatives, les circulaires indicatives ou directives, les circulaires réglementaires mais également les circulaires-instructions du supérieur hiérarchique.

LA RÉGION WALLONNE FACE À L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE «IN HOUSE»

soit moins d'un mois après cette date, et que le projet de décret a lui-même été déposé au Parlement le 15 juin 2006. On peut ainsi imaginer, même si rien dans les travaux préparatoires ne permet de confirmer cette hypothèse, que les termes de l'avant-projet de ce qui deviendra le décret du 19 juillet 2006 ont pu faire l'objet d'une discussion entre les autorités régionales et la Commission. A tout le moins faut-il convenir que ce décret a été préparé, discuté et adopté à un moment où les questions liées aux conséquences de l'évolution du droit européen sur les modes de gestion des services publics locaux étaient d'une particulière actualité.

A cet égard, on peut également se référer à l'exposé des motifs du projet de décret, dans lequel ses auteurs affirment expressément, et d'emblée, que le projet «tient compte (...) de l'évolution du droit européen relatif au mode de gestion des services publics locaux et à l'application de la réglementation des marchés publics découlant notamment de la jurisprudence de la Cour de justice»²⁷. Dans le même temps, il faut constater que cette déclaration d'intention, à portée générale, ne trouve que peu de traduction ou de prolongement concrets dans les différentes dispositions du décret du 19 juillet 2006, ou dans le commentaire des articles proposé dans ses travaux préparatoires.

Au final, c'est sans doute plus en raison des éléments de contexte que par référence au contenu du décret du 19 juillet 2006 que l'on peut y voir une forme de réponse aux orientations de la Commission européenne en matière d'organisation de la gestion des services publics locaux.

11. L'objet de la présente contribution n'est pas de procéder à une analyse approfondie de l'ensemble des modifications apportées par le décret du 19 juillet 2006 au régime des intercommunales wallonnes et, de manière plus générale, aux règles relatives à la coopération entre les communes de la Région wallonne. Ce travail a déjà été effectué²⁸. On rappellera que, s'inspirant du décret de la Région flamande du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale, le décret du 19 juillet 2006 prévoit de nouvelles formes de coopération entre communes, soit les conventions entre communes et l'association de projet²⁹. La possibilité de conclure des conventions entre communes est réservée à ces seules entités. Ces conventions «n'impliquent pas la création d'une nouvelle personne juridique et portent sur tout objet d'intérêt communal»³⁰. L'association de projet constitue une structure de coopération dotée de la personnalité juridique, dont la création doit viser à assurer la planification, la mise en œuvre et le contrôle d'un projet d'intérêt

27. Exposé des motifs, p. 2.

28. Pour une analyse et un commentaire des disposition du décret du 19 juillet 2006, voy. P. Blondiau, «La coopération entre communes: quelles nouveautés?», *Mouv. comm.*, 2006, pp. 497 à 504; B. Gors, «De nouvelles formes de coopération communale en Région wallonne», *A.P.T.*, 2006/2-3, pp. 144 à 163; J. Vanhaeverbeek, «Le renforcement du rôle des mandataires publics dans les intercommunales wallonnes», *Droit communal*, 2007/2, pp. 54 à 63.

29. Sur ce point, voy. plus particulièrement B. Gors, *op. cit.*, pp. 147 et s.

30. Exposé des motifs, commentaires des articles, p. 3.

CÉDRIC MOLITOR

communal. L'association de projet peut réunir, outre les communes associées, toute personne de droit public et de droit privé, et ce dans les conditions définies dans les statuts. Il s'agit pour les communes de pouvoir s'associer «pour mener à bien des projets à portée limitée, qui intéressent un nombre limité de communes»³¹. Le décret du 19 juillet 2006 modifie par ailleurs le régime applicable à l'organisation et au fonctionnement des intercommunales, jusqu'alors fixé par les dispositions du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes³².

12. A l'examen, il apparaît que les dispositions du décret du 19 juillet 2006 susceptibles d'avoir des conséquences sur l'application aux relations entre intercommunales et communes associées des règles relatives aux marchés publics, sont peu nombreuses. A cet égard, le législateur wallon n'a opéré aucun choix qui serait venu bouleverser les règles relatives à l'organisation de la coopération intercommunale.

On peut ainsi relever que le décret du 19 juillet 2006 ne remet nullement en cause la possibilité pour l'association intercommunale de comprendre des personnes de droit privé. On sait pourtant que le caractère mixte d'une intercommunale constitue l'un des critères qui, selon la jurisprudence de la Cour de justice, empêche que la condition du contrôle analogue puisse être remplie. Cette option a été justifiée dans les travaux préparatoires par référence à la circonstance qu'«A l'heure où les partenariats publics-privés sont en plein développement, il ne paraissait pas opportun de supprimer pour les communes la possibilité de s'associer avec un ou plusieurs partenaires privés»³³. L'exposé des motifs du décret précise cependant, dans le commentaire de l'article L1512-4 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, qui prévoit la possibilité pour une personne de droit privé de faire partie d'une intercommunale, que cela ne peut intervenir que «pour autant que les règles de mise en concurrence, dans le respect des dispositions constitutionnelles, conformément au droit communautaire général et au droit des marchés publics, aient été respectées». Il est en outre précisé que «la législation fédérale relative aux marchés publics s'applique lorsqu'un contrat écrit, à titre onéreux, qui a pour objet des prestations économiques visées par les nomenclatures pertinentes, est conclu entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur économique. En dehors de cette hypothèse, une procédure de mise en concurrence adaptée doit être organisée conformément aux traités, aux principes généraux belges (principes d'égalité de traitement et de bonne administration) et à la jurisprudence communautaire en vue de choisir les partenaires associés d'une intercommunale»³⁴. On ne s'étonnera pas que de telles précisions aient été apportées s'agissant des intercommunales mixtes, compte tenu

31. P. Blondiau, *op. cit.*, p. 498.

32. A cet égard, voy. plus particulièrement J. Vanhaerverbeek, *op. cit.*, pp. 55 et s.

33. Voy. la réponse de la déléguée du ministre à la demande de précision formulée par la section de législation du Conseil d'Etat à l'occasion de l'examen de l'avant-projet de décret devenu le décret du 19 juillet 2006, Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. wal., 403 (2005-2006) – N°1, p. 26.

34. Projet de décret, exposé des motifs, p. 3.

LA RÉGION WALLONNE FACE À L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE «IN HOUSE»

de l'attention particulière dont ces entités avaient fait l'objet de la part de la Commission européenne à la suite de l'arrêt STADT HALLE du 11 janvier 2005. Dans les explications apportés par la déléguée du ministre dans le cadre de l'examen du projet de décret par la section de législation du Conseil d'Etat, ce commentaire issu de l'exposé des motifs a été expressément présenté comme constituant une modification au décret jusqu'alors en vigueur, destinée à répondre à l'évolution du droit européen. Le recours à ce procédé, peu habituel, a été justifié par le fait qu'il «n'a pas paru opportun au Gouvernement wallon d'apporter cette modification dans le corps du texte (dès lors que) la législation sur les marchés publics est une matière de compétence fédérale et (qu')il appartient donc au législateur fédéral de définir le champ d'application de cette législation dans le respect des directives européennes»³⁵.

Dans le même ordre d'idées, on peut relever que le décret du 19 juillet 2006 n'a pas plus rendu obligatoire ou favorisé le dessaisissement de la commune au profit de l'intercommunale. On sait que dans cette hypothèse, qui doit être prévue avec la précision suffisante dans les statuts ou par la loi, l'intercommunale se substitue totalement aux communes pour la réalisation de son objet social. Il paraît facile, dans ces circonstances, d'établir que la condition selon laquelle l'intercommunale réalise l'essentiel de son activité avec les communes associées est bien remplie. A cela s'ajoute que le transfert complet d'un service public d'une entité publique à une autre n'est pas constitutif d'une offre de service contre rémunération. Il s'agit-là d'une opération de réorganisation interne des services publics, en vertu de l'article 45 du Traité, qui échappe à l'application du droit communautaire, et notamment aux règles relatives aux marchés publics.

13. Parmi les documents transmis à la section de législation du Conseil avec l'avant-projet de décret devenu le décret du 19 juillet 2006, figurait une note au Gouvernement mentionnant que le premier objectif de cet avant-projet était de prendre en compte l'évolution du droit européen relatif au mode de gestion des services publics locaux et à l'application de la réglementation des marchés publics découlant notamment de la jurisprudence de la Cour de justice»³⁶. Une telle affirmation doit, on le sait, être nuancée. L'examen des dispositions du décret du 19 juillet 2006 fait apparaître que les modifications ainsi apportées au régime des intercommunales avaient un objet plus large et en réalité différent. Au surplus, comme on l'a déjà souligné, l'impact de ce décret sur les contraintes imposées par le droit européen, et notamment sur le champ d'application de l'exception in-house, est à tout le moins limité. A la suite sans doute de cette affirmation, le Conseil d'Etat a invité le délégué du ministre à «préciser comment l'avant-projet exa-

35. Voy. la réponse de la déléguée du ministre à la demande de précision formulée par la section de législation du Conseil d'Etat à l'occasion de l'examen de l'avant-projet de décret devenu le décret du 19 juillet 2006, Avis du Conseil d'Etat, Doc. Parl. wal., 403 (2005-2006) – N°1, p. 26.

36. Avis du Conseil d'Etat, p. 24.

CÉDRIC MOLITOR

miné permet de satisfaire à (la) jurisprudence»³⁷ de la Cour de justice des Communautés européennes relative à la problématique in-house. En réponse, les auteurs de l'avant-projet ont indiqué que plusieurs des «modifications» projetées au régime des intercommunales répondaient à l'évolution du droit européen, en se référant d'une part au commentaire, dans l'exposé des motifs, de l'article maintenant la possibilité d'associer au sein des intercommunales des partenaires publics et privés, d'autre part à l'abrogation par le décret en projet de l'ancien article L1551-2 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, et enfin aux dispositions de l'avant-projet tendant à renforcer les contrôles des associés communaux sur les intercommunales³⁸.

14. Le commentaire, dans l'exposé des motifs du projet de décret, de l'article L1512-4 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation, a été reproduit ci-dessus (*cf.* n° 12). Il ne s'agit pas à proprement parler d'une modification du régime des intercommunales puisque sur le point précis réglé par cette disposition, le Code n'est en réalité pas amendé. Par ailleurs, ce commentaire n'ajoute rien de réellement neuf mais se contente de rappeler les conséquences généralement admises du droit et de la jurisprudence européenne sur les relations entre les intercommunales et les communes associées³⁹.

Au titre des modifications répondant à l'évolution du droit européen, les initiateurs du décret du 19 juillet 2006 citent également l'abrogation de l'article L1551-2 du Code de la démocratie locale et de la décentralisation. Cette disposition, qui était à l'origine l'article 32 du décret du 5 décembre 1996 relatif aux intercommunales wallonnes, prévoyait que «Les intercommunales peuvent conclure entre elles et avec les communes des conventions pour une durée déterminée, relatives à des fournitures et des services qui concourent à la réalisation de leur objet social. Les communes peuvent conclure entre elles des conventions, pour une durée déterminée, relatives à des fournitures et à des services d'intérêt communal bien déterminés». En l'absence de toute autre précision à cet égard dans les travaux préparatoires, on peut supposer que cette abrogation a été justifiée par un souci de clarification, la disposition supprimée paraissant établir un mode particulier de

37. Avis du Conseil d'Etat, p. 26.

38. Avis du Conseil d'Etat, pp. 26 et ss.

39. Voy., sur la question du choix du partenaire privé dans le cadre d'une intercommunale mixte, la circulaire du Ministre-Président du Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 2006 portant sur les relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs, M.B., 13 octobre 2006, point 4.5. J. Vanhaeverbeek fait valoir à ce propos, dans son étude déjà citée relative au décret du 19 juillet 2006, que cette position de principe paraît «difficilement conciliable avec la nature des intercommunales dont la création ne résulte pas d'une convention passée entre plusieurs communes mais de l'addition de décisions unilatérales prises par chacune des communes intéressées» (Droit communal, 2007/2, p. 55).

LA RÉGION WALLONNE FACE À L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE «IN HOUSE»

relations contractuelles entre communes et intercommunales, relatives à des fournitures et des services, distinct des marchés publics, alors qu'il s'agissait précisément, pour répondre aux exigences de la Commission européenne, de préciser le champ d'application de la réglementation des marchés publics dans le cadre des relations entre intercommunales et communes associées.

15. En réponse à la question du Conseil d'Etat, le délégué du ministre a indiqué enfin que certains articles du Code wallon de la décentralisation et de la démocratie locale allaient être modifiés par le texte en projet pour renforcer le contrôle des associés notamment communaux, «l'objectif étant de rapprocher les communes de leurs intercommunales». On peut voir y voir une allusion à l'un des éléments conditionnant l'application de l'exception in-house, soit la mise en œuvre du critère de contrôle analogue. Ce dernier élément est intéressant par ce qu'il permet d'illustrer «la difficulté pour les Régions de définir dans un décret (...) les conditions auxquelles les intercommunales ou les autres structures de coopération communale peuvent répondre aux contraintes européennes et bénéficier le cas échéant de l'exception in house», soulignée à juste titre par Ph. QUERTAINMONT⁴⁰.

16. Trois modifications sont mises en exergue par l'auteur de l'avant-projet de décret⁴¹. Il est prévu que les délégués des communes rapportent à l'assemblée générale de l'intercommunale la proportion des votes intervenus au sein de leur conseil, pour toutes les décisions de l'assemblée, et plus seulement les décisions relatives aux comptes. En outre, pour ce qui concerne l'approbation des comptes, le vote de la décharge d'administrateur et les questions relatives au plan stratégique, l'absence de délibération valable du conseil communal est considérée comme une abstention de la part de la commune associée en cause. Ces nouvelles dispositions sont censées accorder plus d'importance aux votes des conseils communaux, et à renforcer le contrôle de la commune. Les travaux préparatoires citent également la nouvelle disposition qui prévoit que chaque organe de l'intercommunale adopte un règlement d'ordre intérieur reprenant le contenu minimal fixé par l'assemblée générale. Enfin, au titre de disposition susceptible de resserrer le contrôle exercé par les communes sur l'intercommunale, les travaux préparatoires se réfèrent à la modification des règles applicables au plan stratégique qui doit être adopté régulièrement par l'assemblée générale. Les modalités d'adoption de ce plan, ainsi que son contenu, ont été sensiblement précisés.

17. Il est difficile de préciser, sauf d'une manière qui serait un peu théorique, si en raison des modifications ainsi apportées au régime organique des intercommunales wallonnes, une commune associée est en mesure d'influencer, plus que précédemment et de manière déterminante, les «décisions importantes et portant sur les

40. Dans son *Avant-propos* au présent ouvrage, n° 34, p.

41. Avis du Conseil d'Etat, pp. 26-27.

CÉDRIC MOLITOR

objectifs stratégiques de l'intercommunale»⁴². On peut en réalité se demander si cette question est actuellement bien pertinente. Il faut se rappeler ici quelles ont été les évolutions de la jurisprudence de la Cour de justice s'agissant du champ d'application de l'exception *in house*. Dans l'arrêt *STADT HALLE*, rendu en 2005, la Cour a jugé que l'existence d'une structure mixte, et donc non exclusivement publique, empêchait que la condition de contrôle analogue puisse être remplie et, par là, l'application de l'exception *in house*. Cette exception est donc susceptible de concerner, si l'on se réfère à la situation que nous examinons actuellement en droit belge, entre une commune associée et une intercommunale pure. Or, selon l'arrêt *ASEMFO* du 19 avril 2007, la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient seul ou ensemble avec un autre pouvoir public la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer en principe que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. En d'autres termes, en raison de l'exclusion des structures mixtes du champ d'application de l'exception *in house*, la première condition, relative au contrôle de l'autorité publique, telle que définie par la jurisprudence *ASEMFO*, sera présumée toujours remplie, dès lors que par hypothèse, dans ce contexte, on sera confronté aux relations entre une commune affiliée et une intercommunale pure, soit une structure dont le capital est détenu uniquement par des pouvoirs publics.

Dans ces conditions, ne doit-on pas considérer que pour ce qui concerne les conditions d'application du critère du contrôle analogue, les éclaircissements – à défaut d'une véritable éclaircie dans un ciel qui peut paraître bien sombre pour les intercommunales – ont été apportés par la jurisprudence européenne et non par les dispositions du décret du 19 juillet 2006 ayant pour objet d'accroître le contrôle des communes sur les intercommunales auxquelles elles sont affiliées. Il n'apparaît pas qu'un quelconque blâme puisse être adressé à cet égard au législateur wallon. Au moment où a été adopté le décret du 19 juillet 2006, l'arrêt *CARBOTERMO* venait d'être rendu et l'arrêt *ASEMFO*, qui allait encore préciser la portée du contrôle analogue, ne l'avait pas encore été. Il n'en reste pas moins que le constat peut être fait, aujourd'hui, qu'il n'était pas nécessaire ou véritablement utile, dans le but d'accompagner l'évolution du droit européen applicable à l'organisation des collectivités locales, d'adopter les dispositions commentées du décret du 19 juillet 2006, relatives au contrôle exercé par les communes sur les intercommunales aux-

42. Pour reprendre les termes de l'arrêt *Carbotermo*. Dans son avis sur l'avant-projet de décret devenu le décret du 19 juillet 2006, la section de législation du Conseil d'Etat a fait valoir que «Compte tenu de la structure même de la coopération intercommunale, par laquelle chacune des entités publiques associées se voit privée d'un contrôle exclusif sur l'organisme créé, et compte tenu de ce qu'en toute hypothèse, l'avant-projet ne prévoit aucun dispositif permettant aux entités publiques associées d'exercer une influence déterminante sur les décisions importantes des intercommunales, l'exigence d'un «contrôle analogue» ne semble pas rencontrée» (Avis, p. 27). Il découle cependant des arrêts *Carbotermo* et *Asemfo* que les conditions du contrôle analogue et de la réalisation de l'essentiel des activités doivent être appréciées globalement, c'est-à-dire en tenant compte de la situation née de l'addition des participations de l'ensemble des entités publiques associées (cf. supra, n° 5 et A.-L. Durviaux, op. cit., dans cet ouvrage, n° 19).

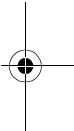
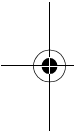


LA RÉGION WALLONNE FACE À L'ÉVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE «IN HOUSE»

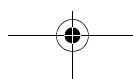
quelles elles sont affiliées. Du point de vue du fonctionnement des services publics locaux, cette solution ne semble pas être venue en l'espèce de l'intervention du législateur wallon, mais bien de l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Il s'agit sans doute là d'un trait caractéristique de cette matière. Les difficultés rencontrées par les services publics locaux dans leur mode de gestion et de fonctionnement trouvent leur origine dans le droit européen, et plus précisément dans les prises de position des institutions chargées de veiller à son interprétation et à sa bonne application. Compte tenu de la portée des compétences qui leur sont attribuées, la Cour de justice et la Commission sont également en mesure d'apporter – ou d'imposer – des solutions. Dans ce contexte, la voie paraît fort étroite pour une intervention unilatérale, de nature législative ou réglementaire, des autorités nationales et en l'occurrence régionales.

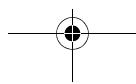
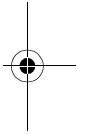
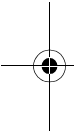
Conclusion

18. C'est sur ce constat de la difficulté pour les autorités régionales de créer ou de définir les conditions devant permettre aux intercommunales de répondre aux contraintes imposées par le droit européen et de bénéficier de l'exception in house, que l'on doit conclure. La théorie de la relation in house ne cesse d'évoluer et la difficulté vient de ce qu'au plan local et même régional, on n'a que peu, pour ne pas dire pas de prise sur cette évolution. Il faut donc souhaiter, comme certains l'ont déjà suggéré, que «dans un but de sécurité juridique, (...) le «in house» fasse l'objet d'une définition formelle»⁴³.



43. P. Blondiau, «Commentaire sur l'arrêt Tragsa», *Mouv. Comm.*, 1/2008, p. 15.





CHAPITRE 6

EXERCICE DE SYNTHÈSE – DISSONANCES ET RESSEMBLANCES ENTRE LES RÉPONSES APPORTÉES PAR LES TROIS RÉGIONS

par
Frédéric GOSSELIN
Avocat au barreau de Bruxelles¹
Assistant à l'U.L.B.

Monsieur le Président,
Mesdames, Messieurs,

Dans le cadre de l'exercice de synthèse qui m'a été demandé, je vous propose dans un premier temps de résumer, brièvement vu le délai qui m'est imparti, les contributions réalisées ce matin par les trois orateurs au sujet de la situation dans les Régions wallonne, bruxelloise et flamande, pour ensuite identifier, sans nullement prétendre à l'exhaustivité, quelques critères mis en évidence afin de les confronter à la réalité rencontrée dans les trois Régions.

1. Pour ce qui concerne la Région wallonne, Cédric MOLITOR nous a entretenu du décret du 19 juillet 2006 modifiant le livre V de la première partie du Code de la démocratie locale et de la décentralisation et relatif aux modes de coopération entre communes.

D'entrée de jeu, il a mis le haut-là à toute forme de suspens, en nous précisant que «*les dispositions du décret du 19 juillet 2006 susceptibles d'avoir des conséquences sur l'application aux intercommunales des règles et principes de droit européen relatifs à la problématique in house, sont peu nombreuses*», le législateur n'ayant opéré aucun choix qui serait venu «*bouleverser les règles relatives à l'organisation de la coopération communale*».

En particulier, l'orateur a mis en exergue le fait que le législateur wallon n'avait pas opté pour une interdiction de participation des personnes privées dans le capital des intercommunales, alors même que le caractère mixte de pareilles structures

1. Avocat associé, www.celes.be.

FRÉDÉRIC GOSSELIN

implique, d'après la jurisprudence européenne, qu'aucun «contrôle analogue» au sens de la première condition du *in house* ne peut être constaté.

Il a également constaté que la Région wallonne n'a pas davantage insisté sur le dessaisissement de la commune au profit de l'intercommunale. Ce constat s'avère important dans la mesure où s'il y a dessaisissement, l'intercommunale se substitue totalement aux communes, ce qui permet de plaider que l'intercommunale réalise l'essentiel de son activité avec les communes associées, et respecte donc la deuxième condition imposée par la jurisprudence européenne pour qu'on puisse être en présence d'un *in house*.

Après ce constat, Cédric MOLITOR nous a indiqué que dans l'élaboration du décret du 19 juillet 2006 précité, la Région wallonne s'était exclusivement concentrée sur le «contrôle analogue» imposé par la jurisprudence européenne.

Il constate à ce propos un renforcement du contrôle exercé sur les intercommunales par les associés communaux:

- Les délégués des communes rapportent à l'assemblée générale de l'intercommunale la proportion des votes intervenus au conseil communal pour toutes les décisions de l'assemblée générale (et non plus seulement celles relatives aux comptes);
- L'absence de délibération valable du conseil communal implique une abstention de la part de la commune pour l'approbation des comptes, la décharge de l'administrateur et les questions relatives au plan stratégique;
- L'adoption d'un règlement d'ordre intérieur par chaque organe de l'intercommunale dont le contenu est fixé par l'assemblée générale;
- Le plan stratégique doit être adopté régulièrement par l'assemblée générale.

Pour notre part, nous doutons que ces différentes mesures ainsi épinglées puissent être appréhendées comme constituant un renforcement du contrôle des communes sur les intercommunales, susceptible de constituer le «contrôle analogue» exigé par la jurisprudence européenne. En particulier, comment considérer, en cas d'absence de délibération valable du conseil communal, que l'abstention subséquente de la commune pour l'approbation des comptes, la décharge de l'administrateur et les questions relatives au plan stratégique, puisse constituer un contrôle concret exercé par la commune à l'endroit de l'intercommunale?

En conclusion, Cédric MOLITOR s'est interrogé sur la question de savoir si une commune était réellement en mesure d'influencer de façon déterminante les décisions importantes et stratégiques d'une intercommunale wallonne. Tout en constatant qu'il était difficile de répondre à cette question, l'orateur considère que dès le moment où l'on est face à une intercommunale pure, sans participation du secteur privé, il n'y aurait plus lieu de s'interroger sur la première condition du *in house*, dès lors que la jurisprudence européenne impliquerait que cette condition est remplie dans pareille structure exempte d'un partenaire privé.

EXERCICE DE SYNTHÈSE

Pour ce qui nous concerne, nous ne pouvons que nous interroger par rapport à cette conclusion dans la mesure où, si elle peut certes paraître convaincante pour ce qui concerne les intercommunales pures, elle laisse en revanche la question totalement ouverte pour ce qui est du sort à réserver aux intercommunales mixtes, lesquelles, pour rappel, n'ont pas été exclues par le législateur wallon.

La question reste donc ouverte à cet égard.

2. En Région bruxelloise, Dimitri YERNAULT nous a entretenus du «*bien-fondé des réponses bruxelloises*» apportées à la problématique du *in house*, ou, plus généralement, à la problématique de l'application des règles des marchés publics dans le cadre de la coopération des services publics locaux.

Première remarque à formuler, et non des moindres, c'est qu'il faut constater qu'en Région de Bruxelles-Capitale, aucune réglementation récente n'organise la coopération communale.

C'est en effet toujours la loi (fédérale, faut-il le préciser...) du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales qui est applicable sur le territoire bruxellois, à défaut d'avoir été remplacée ou substantiellement modifiée par une ordonnance en la matière.

Contrairement à la Région wallonne et à la Région flamande, il n'existe donc pas, sur le territoire de la région bilingue, de réglementation récente organisant la coopération des services publics locaux en tenant compte de la jurisprudence européenne.

C'est donc à partir de deux cas particuliers, en l'occurrence le secteur de l'eau et le secteur de l'énergie, que l'orateur nous a exposé la problématique bruxelloise.

Dans le contexte bruxellois, Dimitri YERNAULT a rappelé que quatre réponses étaient possibles par rapport à la jurisprudence européenne en matière de *in house*:

- les articles du Traité sur base desquels le mode de gestion des services publics locaux doit demeurer de la compétence exclusive des autorités concernées;
- la circulaire du Ministre-Président bruxellois du 12 juillet 2007, «*car il s'agit de la seule voie qui soit conforme à la répartition des compétences intra-belges, l'Etat fédéral demeurant seul compétent pour légiférer en matière de marché public*» (sic);
- l'adaptation des statuts en ce qui concerne les capitaux privés et la répartition des pouvoirs de décision au profit des organes de l'intercommunale;
- l'adoption des législations organiques sur les marchés de l'électricité et du gaz, et sur le marché de l'eau, qui permettent de répondre à la problématique de l'application de la loi sur les marchés publics dans le cadre de la coopération des services publics locaux.

FRÉDÉRIC GOSSELIN

Comme leitmotiv de la politique des autorités régionales et communales bruxelloises, l'orateur a rappelé que ces dernières poursuivaient la volonté d'«*adapter les schémas des relations intercommunales pour que, en conformité avec le droit communautaire, elles échappent à l'empire des marchés publics*», pour des motifs qui, globalement, visent la gestion efficace des services publics.

Avant d'aborder précisément ces deux secteurs, Dimitri YERNAULT a précisé que, à côté du *in house*, deux autres moyens juridiques permettaient d'échapper à la loi sur les marchés publics: l'octroi de droits exclusifs d'une part, et, d'autre part, la technique de la substitution, c'est-à-dire le transfert complet d'un service public d'une entité publique à une autre.

2.1. Dans le domaine de l'électricité et du gaz, il a retracé l'historique de la composition de l'intercommunale SIBELGA, intercommunale mixte dont le partenaire privé est la société ELECTRABEL, tout en rappelant que toutes les actions seront transférées aux communes en 2012, date à laquelle la structure deviendra donc une intercommunale pure.

Comme obstacle à l'application de la loi sur les marchés publics, la contribution de ce matin a rappelé et confirmé l'octroi de droits exclusifs à SIBELGA puisque tant l'ordonnance de 2001 que l'ordonnance de 2004 octroient, l'une, un monopole de la gestion du réseau électrique à SIBELGA, l'autre le droit exclusif de gérer les réseaux de distribution de gaz.

Quant à la technique de la substitution, il fut rappelé que les communes ont consenti, lors de l'adoption de leurs statuts, un dessaisissement intégral au profit de SIBELGA de toutes les installations nécessaires à la réception et à la distribution d'électricité.

2.2. Dans le secteur de l'eau, l'I.B.D.E. et VIVAQUA ont été analysés ce matin, non sans rappeler que l'I.B.D.E. est composée des 19 communes bruxelloises, tandis que VIVAQUA est composée de ces 19 communes mais également d'autres communes wallonnes et flamandes.

Quoi qu'il en soit, il est important de constater que ces deux structures sont munies d'un capital «*appelé à demeurer publiquement pur*» de telle manière que, comme l'a relevé Cédric MOLITOR pour la Région Wallonne, Dimitri YERNAULT confirme qu'en tant qu'intercommunale pure, la condition du «*contrôle analogue*» est remplie en tout état de cause dans le chef de ces deux intercommunales.

A l'instar de SIBELGA, l'ordonnance du 20 octobre 2006 confie des droits exclusifs aux structures opérant dans le secteur de l'eau pour les actifs propriété des communes (infrastructures).



EXERCICE DE SYNTHÈSE

En outre, quand l'I.B.D.E. souhaite externaliser l'une de ses missions, elle ne peut que recourir à VIVAQUA en tant qu'opérateur bénéficiant de droits spéciaux.

L'octroi ainsi conféré de droits exclusifs à ces entités confirme l'inapplication de la loi sur les marchés publics, selon l'exposé de ce matin.

Cette inapplication est encore confirmée par la substitution des deux intercommunales précitées aux communes, substitution totale pour l'I.B.D.E. d'après ses statuts, mais cependant pas explicite d'après ceux de VIVAQUA.

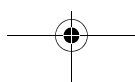
2.3. Pour conclure sur le régime bruxellois, il apparaît que si l'étude des deux cas particuliers du secteur de l'énergie et de l'eau s'avère évidemment intéressante quant à la réponse apportée à l'application de la loi sur les marchés publics, il n'en demeure pas moins qu'il faut déplorer que la Région de Bruxelles-Capitale se distingue des deux autres Régions par son absence totale de législation générale récente réglementant les modes de coopération des services publics.

Inutile de dire que la seule base légale actuellement en vigueur sur le territoire bruxellois, à savoir la loi de 1986 sur les intercommunales, mériterait une sérieuse cure de jouvence non seulement pour clarifier la situation actuelle dans la région bilingue, mais également pour tenir compte de l'évolution du droit européen tant législatif que jurisprudentiel.

Par ailleurs, si l'allocation de droits exclusifs et la technique de la substitution peuvent, certes, dans les deux domaines particuliers analysés ce matin, éventuellement offrir une alternative équivalente au *in house* en ce que ces mesures permettent d'éviter l'application de la loi sur les marchés publics, une question fondamentale demeure néanmoins: comment résoudre la problématique dans les domaines où les droits exclusifs ne peuvent être régulièrement envisagés? Si l'inapplication de la loi sur les marchés publics est avérée en ce qui concerne les marchés de services attribués à une entité sur base d'un droit exclusif, comment résoudre la problématique pour des marchés de travaux ou de fournitures qui, contrairement aux marchés de services, ne bénéficient pas d'un tel régime exprès, alors que de nombreuses prestations réalisées par des intercommunales peuvent également porter sur ces deux types de marchés?

3. Dirk VAN HEUVEN nous a exposé la situation actuelle de la Flandre, régie par le décret du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale.

Dans les principes édictés par ce décret, le législateur flamand a choisi de mettre sur pied différentes structures de coopération intercommunale, offrant ainsi aux



FRÉDÉRIC GOSSELIN

acteurs locaux un véritable «*menu de structure de coopération*» (sic) permettant aux autorités locales de faire le choix entre les structures suivantes:

- l'association interlocale, dénuée de la personnalité juridique, et qui peut poursuivre la réalisation d'un projet d'intérêt communal (la plupart du temps dans le secteur sportif);
- l'association de projet qui, tout comme les deux structures suivantes, est dotée de la personnalité juridique. Cette structure n'opère pas de transfert de gestion et permet la planification, la mise en œuvre et le contrôle d'un projet bien défini;
- l'association de prestataires de services qui n'implique pas de transfert de gestion et assure un service auxiliaire de soutien pour les communes participantes (par exemple le développement régional);
- l'association chargée de mission, qui implique un transfert de gestion de la commune et se rapproche dès lors le plus du concept traditionnel d'intercommunale. Cette association chargée de mission se voit confier non seulement l'exécution des tâches, mais également le pouvoir de décision lequel n'est plus exercé par les communes (exemple: dans le domaine des déchets et de la télédistribution).

L'orateur nous a indiqué qu'il subsistait un doute, en ce qui concerne les associations prestataires de services et les associations chargées de mission, quant à la double exigence jurisprudentielle pour que la théorie du *in house* puisse être avancée, et en particulier pour ce qui concerne l'exigence précise de réaliser son activité globalement pour toutes les communes dans leur ensemble, dans la mesure où il semble, d'après Dirk VAN HEUVEN, que pour ces deux types d'association, des prestations puissent être réalisées individuellement pour des communes en particulier.

Quant au recours à la substitution et/ou à l'exclusivité permettant également d'éviter l'application de la législation sur les marchés publics, cette technique semble ressortir à suffisance des travaux parlementaires du décret flamand.

4. Au terme de ce très bref résumé, je vous propose de retenir certaines questions particulières, non exhaustives, et d'examiner la réponse qui leur a été fournie par chacune des trois Régions.

1. Mesures législatives adoptées: résumé

En Région wallonne, le décret fut adopté le 19 juillet 2006. Bien que l'objectif annoncé de ce décret était de prendre en compte l'évolution du droit européen relatif au mode de gestion des services publics locaux et de la jurisprudence de la Cour de justice, Cédric MOLITOR conclut au terme de sa contribution que la réponse apportée par ce décret «*aux questions soulevées par l'évolution du droit européen (...) n'est pas révolutionnaire*».

EXERCICE DE SYNTHÈSE

La Région flamande a, quant à elle, légiféré en la matière dès 2001, en adoptant le décret du 6 juillet, et semble avoir en quelque sorte anticipé la jurisprudence européenne, comme cela ressort des travaux préparatoires.

Quant à la Région bruxelloise, force est de constater qu'une législation réglementant la coopération des services publics locaux de façon générale, brille par son absence, la loi fédérale de 1986 étant toujours seule applicable en la matière sur le territoire bruxellois.

2. *Y a-t-il eu création d'autres structures que les intercommunales?*

La réponse est assurément négative en Région bruxelloise.

Cet aspect n'a pas été expressément abordé ce matin, mais il faut relever qu'en Région wallonne, le législateur a, à côté des intercommunales, institué d'autres structures de coopération à savoir d'une part, les conventions entre communes et, d'autre part, les associations de projet, ces dernières étant dotées de la personnalité juridique.

En Région flamande, le législateur a opté pour un véritable «menu de structures de coopération», en mettant sur pied de nouvelles structures d'association communale: l'association interlocale, l'association de projet, l'association de prestataires de services, et l'association chargée de mission (forme la plus proche de l'intercommunale), les trois dernières étant seules dotées de la personnalité juridique.

3. *En réponse à la première exigence du «in house», y a-t-il exclusion des partenaires privés?*

La Région wallonne a choisi de ne pas interdire la participation de partenaires privés dans le capital d'une intercommunale, de telle manière que la constitution des intercommunales mixtes demeure toujours possible en l'état actuel, nonobstant les conséquences que cela implique au regard de la jurisprudence européenne abondamment rappelée ce matin.

En Région bruxelloise, les partenaires privés sont clairement exclus pour les deux intercommunales dans le secteur de l'eau, leur capital étant appelé à demeurer publiquement pur.

La question est encore ouverte en ce qui concerne SIBELGA dans le secteur de l'électricité, cette dernière comptant dans son capital une participation d'ELECTRABEL, à tout le moins jusqu'en 2012.

Quant à la Région flamande, Dirk VAN HEUVEN nous a indiqué que les partenaires privés étaient tout simplement exclus dans le cadre des associations de coopération de services publics locaux.

FRÉDÉRIC GOSSELIN

4. *Autres mesures pour éviter l'application de la loi sur les marchés publics: les droits exclusifs*

Il ressort des exposés de ce matin que l'attribution de droits exclusifs n'a pas été envisagée spécifiquement en Wallonie, à l'instar de la situation en Flandre.

En Région de Bruxelles-Capitale, Dimitri YERNAULT nous a par contre confirmé, avec insistance, que dans les deux domaines étudiés, ceux de l'eau et de l'énergie, l'attribution de droits exclusifs constituait une réponse précise à l'application de la loi sur les marchés publics.

5. *Autre mesure pour éviter l'application des marchés publics: la technique de la substitution*

Cette mesure ne semble pas avoir été retenue en Wallonie, tandis qu'elle l'a assurément été dans les secteurs de l'eau et de l'énergie en Région de Bruxelles-Capitale, et qu'elle a également été retenue par la Flandre, à tout le moins lorsqu'il y a transfert de gestion notamment pour l'hypothèse du choix d'une association chargée de mission.

6. *Y a-t-il eu un but avoué d'échapper à la législation relative aux marchés publics en tentant de rencontrer les conditions du in house?*

D'après Dirk VAN HEUVEN, le législateur flamand ne semble pas avoir été préoccupé par cette question même si, au cours des travaux préparatoires du décret, il a été répété que «*la prestation de service exclusive a été posée comme principe*», ce qui, implicitement, pourrait signifier que la réalisation de la seconde condition du *in house* était poursuivie par l'autorité flamande.

Il ressort de l'exposé de Cédric MOLITOR que cette question ne semble pas avoir été soulevée lors des travaux préparatoires du décret wallon.

Quant à la situation bruxelloise, l'exposé de Dimitri YERNAULT n'a pu, par la force des choses, apporter de réponse à cette question, faute de tout débat parlementaire sur cette problématique depuis la création de la Région bruxelloise ...

5. En conclusion, à l'heure où il est question de refédéraliser certaines compétences, le moins que l'on puisse dire c'est que pareille initiative semble totalement exclue dans le domaine des modes de coopération des services publics locaux, tant il est vrai que les trois Régions se sont fondamentalement distinguées les unes des autres dans les réponses apportées à cette problématique.

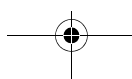
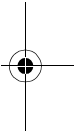
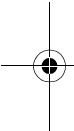
Si certaines ressemblances ont pu être épinglees, nous avons pu relever de nombreuses divergences entre les trois régimes régionaux au terme de la synthèse des trois exposés de ce matin. Une constante commune apparaît toutefois, et devrait en

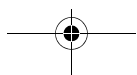
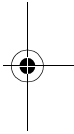
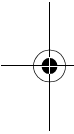


EXERCICE DE SYNTHÈSE

toute logique interpellent les décideurs européens: dans les trois Régions, tant les politiques que les juristes semblent rivaliser d'ingéniosité pour éviter l'application de la réglementation des marchés publics ...

Enfin, pour conclure, qu'il me soit permis, Monsieur le Président, Mesdames, Messieurs, d'aventurer une réflexion personnelle: à ce stade des contributions, il apparaît de façon criante que l'utilité d'un «*droit belge comparé*» n'est plus à démontrer, tant il est vrai que l'examen des différentes réponses apportées par les entités fédérées à la problématique de notre colloque, permet, au fil de ces comparaisons, d'aboutir à des solutions et des réflexions d'une richesse indéniable.







CHAPITRE 7

L'APPLICATION CONCRÈTE DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS À LA PROBLÉMATIQUE CONCERNÉE: LE POINT DE VUE DU PRATICIEN

par
Philippe FLAMME
Consultant
Chargé de cours à l'U.L.B.

Une entité publique (ou mixte) ayant des relations structurelles avec le pouvoir adjudicateur est-elle un soumissionnaire ordinaire?

1. Que de chemin parcouru depuis l'époque où Paul DELAHAUT pouvait écrire:
«...lorsqu'une administration décide de faire appel à la coopération d'une personne publique pour l'exécution d'un travail, la délivrance d'une fourniture ou la prestation de services, elle agit sans être tenue par les conditions et procédures de la loi du 14 juillet 1976. Elle échappe nécessairement à la règle de la mise en concurrence. L'on n'imagine pas, en effet, qu'une personne publique recourt, pour ses besoins, à un autre agent que celui que la collectivité publique a justement créé ou agréé à cette fin.

Dans ces cas (marché de travaux confié à une intercommunale, commande passée auprès de l'Office des Fournitures, travaux informatiques effectués par le Registre National ou les Centres régionaux d'informatique...), l'application des principes d'économie et l'égalité dans la concurrence, qui constituent la philosophie de base de la loi de 1976, comme des lois antérieures, ne se justifie pas. Le premier de ces principes est théoriquement rencontré ipso facto, le second est dépourvu de sens»¹.

Aujourd'hui, comme l'écrit Ann-Lawrence DURVIAUX:
«Admettre la qualification de marché public lorsque le soumissionnaire est susceptible d'avoir la qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité assimilée, pose la question de l'égalité de traitement des opérateurs économiques publics et privés dans la concurrence.

1. P. Delahaut, «La notion d'égalité dans les marchés publics», *APT*, 3/1981, p. 184

PHILIPPE FLAMME

Le fait d'être pouvoir public avec le statut qui y est traditionnellement attaché ne fausserait-il pas la concurrence, notamment dans le cadre de la formation des prix, ou plus simplement l'égalité qui doit régner entre les concurrents dans les procédures de mise en concurrence?»².

2. Le moins qu'on puisse dire est que le droit communautaire n'est pas très prolix en la matière.

La directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services contient seulement un considérant (le 4^e) ainsi rédigé:

«Les Etats Membres devraient veiller à ce que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés».

Quant à la Cour de justice des Communautés européennes, on citera l'arrêt du 7 décembre 2000³ rendu à l'occasion d'un marché de services (ayant pour objet le prélèvement et l'analyse d'échantillons d'eaux de lacs et fleuves autrichiens) où des offres émanaient de bureaux d'études privés et de centres de recherches et d'essais semi publics bénéficiant d'importantes subventions de l'Etat. Interrogée à titre préjudiciel sur l'interprétation de la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ainsi que de l'article 49 (ex-59) du Traité CE, la Cour a dit pour droit que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires n'est pas violé au seul motif que le pouvoir adjudicateur admet à participer à une procédure de passation d'un marché public de services, des organismes qui reçoivent, de lui-même ou d'autres pouvoirs adjudicateurs, des subventions, quelle qu'en soit la nature, permettant à ces organismes de faire des offres à des prix sensiblement inférieurs à ceux de leurs cosoumissionnaires qui ne bénéficient pas de telles subventions⁴.

La Cour ajoute qu'il ne saurait cependant être exclu *«que, dans certaines circonstances particulières, la directive oblige les pouvoirs adjudicateurs, ou à tout le moins leur permette, de prendre en considération l'existence de subventions, et notamment d'aides non conformes au Traité, afin, le cas échéant, d'exclure les soumissionnaires qui en bénéficient»*, mais concède qu'il ne paraît pas possible *«au vu des éléments du dossier, de définir les conditions dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs seraient tenus ou seraient en droit d'exclure les soumissionnaires bénéficiant de subventions»*, réservant ainsi à plus tard la définition des critères qui

2. A.L. Durviaux, *Logique de marché et marché public en droit communautaire – Analyse critique d'un système*, Larcier, 2006, p. 190, n° 171

3. C.J.C.E., ARGE Gewässerschutz, C-94/99, <http://curia.eu.int>

4. Cette jurisprudence rejoint ainsi une solution arrêtée peu auparavant par le Conseil d'Etat français (16 octobre 2000, *Contrats et marchés publics*, 2/2000, n° 53 et avis du 8 novembre 2000, *ibidem* 1/2001, n°8)

L'APPLICATION CONCRÈTE DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

permettront aux pouvoirs adjudicateurs de savoir quand et comment ils pourront, ou devront, écarter une offre parce que son auteur a bénéficié d'une aide d'Etat indue⁵.

L'article 55 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures ou de services prévoit en son point 3 que le pouvoir adjudicateur qui constate qu'une offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et si celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question a été octroyée légalement. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions en informe la Commission.

Je n'évoquerai pas ici le problème général de la concurrence du secteur public aux entreprises privées⁶. Je me bornerai à formuler quelques réflexions concernant l'application de la réglementation des marchés publics dans le cas de figure où le soumissionnaire public a la particularité d'être un opérateur économique ayant des relations structurelles avec le pouvoir adjudicateur et dès l'instant où cet opérateur ne peut pas bénéficier de l'exception «in house».

On a beau connaître l'étendue de l'obligation de mise en concurrence, on n'en reste pas moins étonné par chacune de ses nouvelles avancées et par sa capacité à se propager de manière quasi indéfinie.

La Belgique n'est pas le seul pays européen visé par les autorités européennes: la Commission européenne a, par exemple, adressé à la France, le 27 juin 2007, un avis motivé considérant comme une infraction aux directives les dispositions du Code général des collectivités territoriales autorisant les EPCI (Etablissements publics de coopération intercommunale) et leurs communes membres à mettre leurs services à la disposition les uns des autres sans mise en concurrence.

3. Une observation préalable avant d'entrer dans le vif du sujet. Quant on examine les directives on constate que l'organisation structurelle des opérateurs économiques peut parfois avoir un impact sur l'application des règles de concurrence.

Ainsi, la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 admet qu'un concessionnaire de travaux publics (qui n'est pas un pouvoir adjudicateur) ne soumette pas aux règles de publicité – et partant à la concurrence – ses marchés de travaux lorsque ceux-ci sont passés avec des entreprises liées, au sens de l'article 63 de la directive. Il peut attribuer directement l'exécution de travaux à de telles entreprises liées parce que

5. Voir à cet égard C.J.C.E., 24 juillet 2003, *Altmark*, C-280/00, <http://curia.eu.int>

6. La jurisprudence et la doctrine sont synthétisées dans notre ouvrage *Les marchés publics européens et belges* en collaboration avec M.A. Flamme et Claude Dardenne (Larcier, 2005)

PHILIPPE FLAMME

ces entreprises ne sont pas considérées comme étant des personnes tierces. On aurait pu imaginer que les structures intercommunales, les régies communales ou les filiales de régies communales bénéficient de règles similaires. On le sait, cette solution n'est pas celle retenue par les autorités communautaires et par la jurisprudence de la Cour de justice qui a développé une vision restrictive de la relation «in house», loin de la notion de simple «influence dominante», ce qui signifie que le droit dérivé des marchés publics doit s'appliquer dans les autres cas, s'agissant de relations de nature contractuelle.

4. Si une mise en concurrence doit être organisée, mise en concurrence à laquelle participe un opérateur lié au pouvoir adjudicateur, par définition l'opérateur en question, qui n'a généralement été constitué par le pouvoir adjudicateur que dans la perspective d'une filialisation de l'activité en cause, ne peut légalement avoir aucune assurance d'obtenir le marché. L'organisation d'une mise en concurrence pour la passation d'un marché pour lequel un opérateur public ou mixte a été mis en place n'est-elle pas absurde dès l'instant où cet opérateur, constitué pour gérer l'activité, pourrait par conséquent ne pas obtenir le marché? On voit immédiatement le gaspillage d'énergie, de moyens humains et financiers si un opérateur est créé puis finalement n'obtient pas le contrat.

Le risque de distorsion de concurrence paraît bel et bien accentué en cas de relations structurelles entre le pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire car cette mise en concurrence peut se révéler purement formelle. Une intercommunale, une régie communale, une filiale de régie communale ou une société d'économie mixte auront tendance à pousser leur avantage de «proximité» découlant des liens structurels existants avec le pouvoir adjudicateur. Le risque existe qu'une entité constituée par une personne publique dispose d'informations privilégiées lorsque le marché provient de la collectivité publique fondatrice et partenaire majoritaire. La compétition pourra parfois être réelle en apparence et fautive en réalité, permettant seulement de récupérer les meilleures idées du secteur privé avant de les redonner à l'opérateur public.

Or, les directives européennes visent à favoriser le développement d'une concurrence effective. La mise en œuvre et la satisfaction de cet objectif ne peuvent être réalisées que si les opérateurs économiques participant au marché public sont en condition de le faire sur un pied d'égalité sans l'ombre d'une discrimination. La partialité constitue la violation d'un principe fondamental du droit de la commande publique, l'égalité de traitement.

La Cour de justice rappelle sans cesse dans ses arrêts l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, l'impartialité des procédures d'adjudication mais sans un mot sur la question cruciale: comme y parvenir?

L'APPLICATION CONCRÈTE DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

5. A cet égard, est évidemment nécessaire un système régi par l'objectivité sur tous les plans.

Répond partiellement à cette préoccupation l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (assoupli déjà à deux reprises) qui instaure une interdiction d'accès à certains marchés pour certains prestataires. En effet, cet article dispose que «*doit être écartée, la demande de participation ou l'offre introduite pour un marché public de travaux, de fournitures ou de services, par toute personne qui a été chargée de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de ces travaux, fournitures ou services, si du fait de ces prestations, cette personne bénéficie d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence*» (1^{er} paragraphe, 1^{er} alinéa).

Cette disposition pourrait devoir s'appliquer lorsque l'opérateur public ou semi public a été impliqué au niveau de la recherche, de l'expérimentation, de l'étude ou du développement de travaux, de fournitures ou de services.

On pourrait songer aussi à l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993 concernant les conflits d'intérêt et l'incompatibilité qui frappe dans certains cas toute personne en charge d'un service public. L'article 10, § 1^{er}, est ainsi libellé: «*Sans préjudice de l'application d'autres interdictions résultant d'une loi, d'un décret, d'une ordonnance, d'une disposition réglementaire ou statutaire, il est interdit à tout fonctionnaire, officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public d'intervenir d'une façon quelconque directement ou indirectement dans la passation et la surveillance de l'exécution d'un marché public dès qu'il a un intérêt, soit personnellement, soit par personne interposée, dans l'une des entreprises soumissionnaires*»⁷.

Cette disposition a été proposée par le Comité supérieur de contrôle, en vue de prévenir les infractions visées à l'article 245 du Code pénal et de garantir, en matière de passation de marchés, l'indépendance et l'impartialité requises dans le chef de l'autorité publique.

6. Il semble toutefois découler d'un arrêt du Conseil d'Etat du 4 juin 1997 (n° 66.538) que cette disposition (art. 10 de la loi du 24 décembre 1993) ne s'applique pas dans l'hypothèse de liens structurels entre deux personnes publiques.

7. La Commission fédérale des marchés publics vient, dans sa majorité, de considérer que cette disposition énonçait un principe d'application générale: procès verbal n° 1015 du 18 juillet 2006 cité par M-A. Flamme, «Favoritisme et confusion d'intérêts dans les marchés publics», (*Entr.et dr.*, 2006, p. 322 et s); pour une opinion opposée voyez notamment D. Floor, «Des incompatibilités et interdictions dans le nouveau droit des marchés publics», C.D.V.A., *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Edition Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1997, p. 397.

PHILIPPE FLAMME

Dans cette affaire, la société momentanée *KUMPEN-BETONAC* demandait la suspension d'extrême urgence de la décision de l'*OVAM* de confier à la société momentanée *AERTSSEN-INDAVER* un marché d'élimination de pneus usagers.

Les requérantes décrivaient comme suit les liens en cause: la Région flamande est propriétaire à 100 % de la société *VHM*, laquelle à son tour est l'actionnaire de référence du soumissionnaire *INDAVER*. En outre, l'*OVAM* (créée par la Région flamande et se trouvant sous le contrôle de celle-ci) est elle-même l'un des fondateurs de *INDAVER* dont le siège social était jusqu'il y a peu fixé au siège de l'*OVAM*. Enfin, au moins un des administrateurs de l'*OVAM*, l'ingénieur P..., qui est l'administrateur général de l'*OVAM* est également administrateur et même président du Conseil d'administration de *INDAVER*.

La question se posait donc de savoir dans quelle mesure des personnes juridiques qui ont une relation structurelle avec l'autorité publique adjudicatrice peuvent soumissionner un de ses marchés publics et de savoir si la Région flamande et le gouvernement flamand ne se trouvaient pas en l'espèce dans un cas d'incompatibilité et ne devaient pas se récuser.

Plus précisément, les requérantes estimaient que la Région flamande et le gouvernement flamand devaient être considérés comme «une personne chargée d'un service public» et se trouvaient dès lors dans la situation visée dans le paragraphe 2, 2^o, de l'article 10 de la loi du 24 décembre 1993⁸ (outre que l'administrateur général de l'*OVAM* était en même temps le président du Conseil d'administration de *INDAVER*) de sorte qu'il y avait, selon les requérantes, une relation structurelle entre l'un des soumissionnaires et l'autorité adjudicatrice, ce qui avait pour conséquence que la Région flamande devait elle-même se récuser à peine de violer la règle de l'égalité des soumissionnaires.

La réponse à cette question avait naturellement d'énormes conséquences: l'exclusion éventuelle de toute participation aux marchés publics de la Région dans le chef des entreprises dans lesquelles la Région flamande participe directement ou indirectement via des sociétés publiques d'investissements!

La Région flamande répliquait que la seule circonstance qu'il existe un rapport structurel entre l'administration maître de l'ouvrage et le soumissionnaire auquel le marché est attribué ne crée pas un présomption irréfragable d'illégalité. On ne peut

8. § 2 *L'existence de cet intérêt est présumée:*

...
2^o *lorsque le fonctionnaire, l'officier public ou toute autre personne physique ou morale chargée d'un service public est, lui-même ou par personne interposée, propriétaire, copropriétaire ou associé actif de l'une des entreprises soumissionnaires ou exerce, en droit ou en fait, lui-même ou par personne interposée, un pouvoir de direction et de gestion.*

Le marché en cause était régi par la réglementation antérieure, à savoir la loi du 14 juillet 1976 qui comprenait un article 6 pratiquement identique au présent article 10.

L'APPLICATION CONCRÈTE DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

parler d'attribution illégale que s'il apparaît concrètement que du fait de ce rapport structurel le soumissionnaire intéressé a bénéficié d'un avantage concurrentiel. La Région et l'*OVAM* soulignaient que le seul élément concret cité par les requérants, à savoir la double qualité de l'ingénieur P..., ne peut indiquer aucun avantage concurrentiel dès lors que ledit ingénieur s'est récusé pour toute la procédure qui a conduit aux décisions critiquées.

Suivant le Conseil d'Etat⁹, il semble n'exister aucune disposition légale interdisant à des personnes juridiques présentant un rapport structurel avec l'autorité de se porter candidat à l'attribution de marchés mis en concurrence par cette autorité. Bien entendu, poursuit le Conseil d'Etat, l'autorité, lors de l'attribution du marché, ne peut favoriser lesdites personnes ainsi liées structurellement. Mais en l'espèce, pour le Conseil d'Etat, le seul élément concret pouvant faire penser à un tel favoritisme n'est pas démontré quant à sa réalité en fait.

7. Il est évident qu'un soupçon ne peut à lui seul suffire à conclure au favoritisme s'il n'est pas corroboré par un concours d'indices. D'un autre côté, l'absence d'un mandataire public lors des débats suffit-elle à éliminer toute prise d'intérêt? Comment nier l'autorité morale de certaines personnalités, même absentes physiquement, ainsi que la pratique de la discipline de vote au sein d'une majorité au pouvoir?

Je suis donc enclin à penser que lorsqu'il existe un rapport structurel entre un pouvoir adjudicateur et un soumissionnaire, l'égalité de traitement des opérateurs économiques publics et privés ainsi que l'impartialité de l'autorité qui attribue les missions ou activités ne sont pas suffisamment garanties par les seules dispositions existantes de la réglementation. Ann-Lawrence DURVIAUX, dans sa thèse, conclut, de manière engagée, en ces termes «*Du point de vue méthodologique, il est très illusoire de penser que l'appel au marché peut, sans évolution substantielle des modalités de passation prévues dans le droit dérivé et sans avancée significative du savoir économique, permettre la mise en compétition d'opérateurs publics et d'opérateurs privés. D'une part, la comparaison des offres est matériellement impossible. Les multiples liens existant entre un pouvoir adjudicateur et un prestataire public, qui ne sont pas uniquement des liens de contrôle de type juridique, mais également des liens de nature politique, empêchent toute indépendance et impartialité dans le processus de comparaison des offres de prestations qui émaneraient de structures publiques ou de structures privées. En définitive, la décision de mettre en place une structure publique pour produire un service ou accomplir une activité reste une décision politique, même si cette dernière peut être prise après une analyse économique précise. D'autre part, la formalisation de critères de comparaison des offres rigoureux serait d'une incroyable complexité, tant les conditions de fonctionnement des structures publiques et des structures privées sont*

9. C'est également l'opinion des commentateurs de l'arrêt Tim Nuyens et Werner Smismans, «Onverenigbaarheden bij overheidsopdrachten», *T.B.P.* 1999, n° 1, pages 33 et s. (spécialement 39 à 41).

PHILIPPE FLAMME

radicalement différentes. L'égalité dans la concurrence est, à ce stade de la construction communautaire et dans l'état actuel du savoir économique, quasiment impossible à matérialiser dans le cadre d'une procédure d'enchères, sauf à accepter qu'elle se réduise à un simulacre de mise en concurrence»¹⁰.

Un pouvoir adjudicateur dans les circonstances visées doit en tous cas prêter une attention particulière à l'obligation de transparence, d'impartialité et à l'égalité de traitement de tous les candidats ou soumissionnaires. Des mesures de sauvegarde spécifiques devraient être prises notamment pour garantir une séparation stricte des personnes qui préparent la mise en concurrence et décident de l'attribution du marché, d'une part, et celles qui assurent la gestion du soumissionnaire public, d'autre part, pour empêcher toute transmission d'informations confidentielles du pouvoir adjudicateur au soumissionnaire¹¹. La pratique nous apprend que l'élaboration d'un cahier des charges est souvent déterminante pour l'attribution du marché. Les interventions d'experts extérieurs, de jurys (par analogie avec les règles en matière de concours de projet) et d'organismes de contrôle externe devraient être envisagées tout au long du processus de passation du marché public (et lors de son exécution). La candidature ou l'offre d'un opérateur économique public ne devrait faire l'objet que d'une évaluation se fondant sur des considérations objectives qui doivent en outre être sans rapport avec le lien existant entre le pouvoir adjudicateur et cet opérateur. Il y va de la crédibilité de la mise en concurrence.

10. Ann-Lawrence Durviaux, *op.cit.*, p. 564 n° 502.

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



CHAPITRE 8

LES MODES DE COOPÉRATION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX: LA SITUATION VUE PAR LE RESPONSABLE D'UNE INTERCOMMUNALE DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE

par
Marc DEBOIS
Directeur général de l'intercommunale IGRETEC

Mesdames,
Messieurs,

J'entamerai mon propos par un peu d'histoire, pour mieux vous permettre de situer l'intercommunale que j'ai le plaisir de diriger.

IGRETEC naît en 1983, du rapprochement de deux intercommunales:

- d'une part, l'IEGSP, bureau d'études généraliste fondé en 1946 avec pour objet, je cite: d'intervenir dans n'importe quelle tâche, qu'elle soit confiée par une commune ou par une intercommunale.
- d'autre part, l'ADEC créée en 1964 et dont l'objet était l'aménagement du territoire et le développement économique des Régions Est et Sud du Hainaut.

La fusion de 1983 sonne avec le redéploiement des activités de ces deux intercommunales fusionnées. Les nouveaux défis vont de l'aide à la création d'entreprises à la protection de l'environnement, en passant par la restructuration du tissu urbain et la réalisation d'équipements à même d'assurer au citoyen un cadre de vie valorisant.

IGRETEC est certifiée (et plusieurs fois re-certifiée) ISO 9001 et ISO 14001, de même qu'elle dispose de la plus haute certification environnementale (EMAS) pour ses ouvrages d'assainissement des eaux usées.

Elle jouit également d'une réputation d'expertise financière auprès des communes, pour compte desquelles elle gère un portefeuille de participations de 320 millions d'euros en valeurs d'acquisition qui génère des dividendes annuels de quelque 45 millions d'euros et mène une stratégie d'investissements pour inscrire

MARC DEBOIS

ces participations communales dans des projets qui ont du sens, comme par exemple la production d'énergies renouvelables.

IGRETEC a été la première en Région wallonne à lancer une centrale d'achat d'énergie (gaz et électricité) regroupant quelque 226 adhérents publics qui bénéficient de 17 % et 12 % de réduction sur leur facture finale d'électricité et de gaz.

Développant sans cesse de nouveaux métiers pour répondre aux besoins en constante évolution des communes, nous réfléchissons en ce moment à la création d'une centrale d'achat de fournitures. Notre expérience et notre maîtrise dans le respect de la législation sur les marchés publics, représentent de précieux atouts à cet égard.

Nos capacités de gestion sont généralement reconnues et appréciées. Serait-ce de l'aveuglement de ma part? Je vous laisse juges.

En 2007, lors des difficultés sérieuses qu'a connues l'Intercommunale de Collecte et de Destruction des Immondices (ICDI) à Charleroi, c'est aux capacités de gestion d'IGRETEC que les bourgmestres concernés et les permanents syndicaux ont fait appel pour sortir de l'impasse.

En 1983, les chiffres d'affaires cumulés de l'IEGSP et de l'ADEC étaient de 5,2 millions d'euros.

En 2007, le chiffre d'affaires estimé d'IGRETEC est de 29,6 millions d'euros.

En 1983, l'ADEC et l'IEGSP occupaient 144 personnes. Aujourd'hui, notre capital humain est doublé. Nous serons plus de 300 en 2010. En effet, non seulement, nous compensons les départs naturels mais depuis 10 ans, nous engageons, en outre, en moyenne chaque mois un nouveau collaborateur ou une nouvelle collaboratrice.

Cela représente une source de créativité et une sacrée puissance de travail!

J'ajoute pour votre bonne information que depuis 1984, tous nos collaborateurs ont été engagés sous contrat d'emploi. Le personnel dit «nommé» constituant dès lors un cadre d'extinction.

La fusion des deux intercommunales a entraîné le regroupement de leurs associés soit 68 villes et communes, la Province de Hainaut, quelques intercommunales et 47 «privés» dont la Chambre de Commerce et d'Industrie, des entreprises de divers secteurs et même des organisations syndicales. IGRETEC se mue donc en 1983 en une intercommunale mixte.

LES MODES DE COOPÉRATION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX

Afin d'éviter tout conflit d'intérêt et toute confusion de patrimoine, les métiers d'IGRETEC sont alors répartis en secteurs, chacun de ces secteurs disposant de ses propres comptes et de sa propre assemblée:

- le secteur 1 (pur) regroupe le bureau d'études et l'exploitation des ouvrages d'épuration.
- les secteurs 2 et 5 (mixtes) traitent du développement économique des régions de Charleroi et du Sud du Hainaut.
- le secteur 4 (pur) est dédié à la gestion immobilière des zones de nuisances sonores autour de l'Aéroport de Charleroi.
- le secteur 3 (mixte) finance les autres secteurs.

Les membres du Conseil d'Administration se répartissent en 5 Commissions Permanentes, souveraines dans le cadre de l'objet du secteur. De la sorte, les administrateurs issus du «secteur privé» qui siégeaient dans les secteurs de développement économique n'intervenaient pas dans les décisions prises en matière d'attribution de marchés publics dans le cadre du Secteur 1- Bureau d'études.

Jusqu'il y a peu, les activités «Bureau d'études» et «Développement économique» ont ainsi pu coexister sans conflit d'intérêt.

Les services confiés au «Bureau d'Etudes» par les Villes et Communes associées l'ont été, au choix des pouvoirs adjudicateurs:

- soit à l'issue d'une procédure de marchés publics,
- soit sur base d'une convention particulière entre la commune et l'intercommunale, sur pied de la loi du 22 décembre 1986 et ensuite, du décret du 5 décembre 1996.

En effet, nous nous sommes toujours refusés à mettre en œuvre la thèse confortable pour une intercommunale du dessaisissement statutaire défendue par une partie de la doctrine belge. Nous avons au contraire, toujours estimé que, créés par les communes, nous nous devons de les servir, à leur demande, sans pour autant accaparer une partie de leurs compétences et réduire ainsi, de manière durable, leur autonomie de décision.

Cette position nous a souvent pénalisés, de même qu'elle a pénalisé les petites communes qui, n'ayant pas de service capable d'élaborer un marché public, nous ont confié des études par le biais d'une convention directe et se sont ensuite vu refuser la subvention des honoraires afférents à nos prestations, au motif qu'elles n'avaient pas procédé à une mise en concurrence.

Nous sommes restés constamment attentifs à l'évolution des textes qui ont succédé à la loi du 1^{er} mars 1922 et en particulier, à la possibilité pour une commune de conclure avec son intercommunale une convention particulière, disposition remise en cause à chaque modification de texte.



MARC DEBOIS

Nous nous sommes inquiétés des voix s'élevant un peu partout y compris dans notre pays et plus particulièrement en Région wallonne, pour que nous organisions la gestion des services publics locaux en fonction des orientations de la Commission Européenne. Des pistes étaient déjà avancées: filialisation de certaines activités des intercommunales, dessaisissement de certaines activités des communes au profit d'organes décentralisés, limitation des objets des organes décentralisés.

Nous nous sommes refusés à croire que la seule ambition des premiers signataires du Traité de Rome se limitait à la réalisation d'un grand marché, alors qu'ils avaient pris soin de protéger les objectifs d'intérêt général et les missions de service public dans le cadre des entreprises publiques, précisément parce qu'ils avaient compris que la concurrence ne pouvait répondre, dans tous les cas de figure, aux besoins d'intérêt général.

En effet, si la réponse aux besoins des particuliers ou des entreprises relève généralement de l'initiative privée, notre longue expérience nous a démontré que la satisfaction de certains besoins d'intérêt général revient naturellement au secteur public en raison de leurs spécificités et des limites naturelles d'efficacité du marché.

C'est notamment le cas:

- lorsque l'initiative et les capitaux privés font défaut. A titre d'exemple, sur l'Aéropole de Charleroi, nous avons construit pas moins de 17 immeubles en 15 ans et aujourd'hui, on s'arrache les rares terrains qui restent encore disponibles sur ce site,
- lorsque de lourds investissements doivent être consentis avec une rentabilité à trop long terme,
- ou lorsque le marché se révèle indifférent à des objectifs de solidarité et d'équité.

Or, nous constatons que l'écart se creusait de plus en plus entre la jurisprudence ultralibérale de l'Union Européenne basée essentiellement sur la libre concurrence et les réponses rares apportées aux relations «communes-intercommunales» par la jurisprudence belge.

Nous inquiétait aussi l'inertie de la majorité de nos décideurs, de même que leur apparente incapacité à réaliser que les restrictions, voire la suppression des services publics locaux décentralisés emporteraient, à terme, une réduction drastique de l'autonomie communale.

Aussi, fin 2002, avons-nous sollicité une de vos consœurs afin d'obtenir une étude approfondie sur les relations «communes-intercommunale» non sur la base des principes de non-discrimination, de libre établissement et de libre prestation mais cette fois, au regard des dispositions européennes protégeant les prérogatives de la puissance publique.

LES MODES DE COOPÉRATION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX

C'est cette étude très fouillée que nous avons remise au Ministre-Président de la Région wallonne quand, fin 2003, il nous a interrogés sur les réponses à apporter à la mise en demeure de la Belgique par l'Union Européenne. Et bien que ce dossier ne soit pas encore clôturé en notre faveur, nous osons croire que notre initiative et le suivi apporté à cette mise en demeure par Maître DURVIAUX a, sinon convaincu les autorités européennes, du moins attiré l'attention du plus grand nombre sur les conséquences probables des thèses européennes.

En ce qui concerne plus particulièrement les marchés publics, nous avons suivi avec intérêt l'évolution de ce que la Cour de justice Européenne appelle «le contrôle analogue».

L'arrêt STADT HALLE en ce qu'il exclut la participation d'une entreprise privée dans le cadre du «contrôle analogue» a évidemment posé la question des participations du secteur privé en IGRETEC.

Or, il est évident qu'en matière de «Développement économique», la présence, dans nos instances, d'administrateurs issus du «secteur privé» a largement contribué au redéploiement de la région.

C'est en effet grâce à cette collaboration constante avec le secteur privé, qu'IGRETEC a, pour ne citer que quelques exemples:

- créé, en 1985, le Centre d'Entreprise Héraclès qui a largement démontré son efficacité.
- doté l'aéroport de Charleroi d'un outil de gestion au capital duquel participent IGRETEC et des entreprises privées de la région.
- développé le parc scientifique et technologique de l'Aéropole qui abrite notamment des universités et des entreprises de pointe en télécommunications, biotechnologies et aéronautique.
- équipé 18 parcs d'activités économiques accueillant sur plus de 1.000 ha, 530 entreprises et occupant 19.500 travailleurs.

Il est paradoxal qu'au moment même où sont promulguées les dispositions européennes sur le partenariat public-privé, soit mise en péril la collaboration «public-privé» déjà bien établie dans nos entreprises publiques et intercommunales mixtes.

Mais, une fois de plus, nous nous sommes adaptés. L'Assemblée Générale de juin dernier a acté le retrait des 47 entreprises privées du capital d'IGRETEC qui est ainsi devenue une intercommunale pure.

Il n'est toutefois pas envisageable que le développement économique de Charleroi et du Sud Hainaut se fasse sans une synergie importante entre le secteur public et les entreprises privées qui y contribuent.



MARC DEBOIS

Aussi, un projet soutenu par le Gouvernement wallon a vu le jour: la création d'un Comité de Développement stratégique. Il est composé, à parts égales, d'acteurs issus des milieux politique, entrepreneurial et syndical et se profile comme un lieu d'échanges d'informations, de réflexion, d'actions et de promotion des régions de Charleroi et du Sud Hainaut.

Les principales missions de ce Comité seront:

- de définir les axes prioritaires de la dynamisation économique des régions concernées, en lien avec les études macro-économiques déjà réalisées en matière d'aménagement du territoire;
- de recréer une image positive de la région, notamment au travers d'actions de communication;
- de mettre en présence les partenaires privés et publics en vue de favoriser l'éclosion et la concrétisation de projets de développement économique.

Cette externalisation du secteur privé nous a permis de remplir une des conditions mises par l'Union Européenne à l'exercice, par un pouvoir adjudicateur, d'un contrôle analogue sur notre intercommunale.

Reste le problème de l'importance de la participation du pouvoir adjudicateur dans l'intercommunale. IGRETEC étant constituée de 68 communes associées, la participation de certaines d'entre elles est modeste et selon la jurisprudence de la Cour de justice Européenne, considérée comme trop faible pour permettre un «contrôle analogue» à celui qu'elles exercent sur leurs propres services.

L'arrêt du 19 avril dernier, ASEMFO contre TRAGSA, nous a quelque peu soulagés dans la mesure où il reconnaît l'existence d'un contrôle analogue, exercé sur TRAGSA, par quatre communautés autonomes, qui ne détiennent ensemble qu'1 % de son capital.

Cet arrêt comporte aussi un attendu qui nous paraît intéressant. La Cour fait découler, de la législation interne, l'obligation, pour TRAGSA, de réaliser les commandes qui lui sont confiées par les pouvoirs publics associés.

Nous n'en déplorons que plus vivement la suppression, sans doute prématurée, mais malheureusement «dans l'air du temps» de l'article 32 du décret du 5 décembre 1996 qui permettait aux intercommunales de conclure avec les communes des conventions relatives à des fournitures et à des services qui concourent à la réalisation de leur objet social.

Il y a deux ans, lors d'un colloque consacré aux pouvoirs locaux décentralisés, j'émettais la crainte que l'ultra libéralisme de l'Union Européenne finisse par induire, à terme, une privatisation de secteurs importants des activités publiques locales et réduise les responsables publics locaux à la régulation de la concurrence ou à la correction des défaillances du marché.



LES MODES DE COOPÉRATION DES SERVICES PUBLICS LOCAUX

Je reste persuadé qu'en Belgique, le pouvoir communal n'est un hasard ni historique, ni juridique; il est la manifestation directe des attentes et des intérêts de ses habitants. Nos Constituants de 1830, les premiers, se sont révélés soucieux de l'autonomie communale en stipulant que les intérêts communaux sont réglés par les conseils communaux.

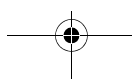
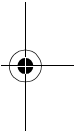
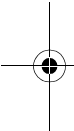
Au fil de notre histoire industrielle, les pouvoirs publics ont dû intervenir sans cesse davantage dans le domaine économique et la législation s'est adaptée à cette évolution en définissant les formes de ces interventions.

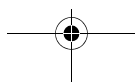
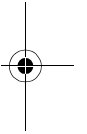
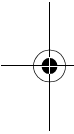
La diversité des gestionnaires des services publics et des secteurs dans lesquels ils opèrent démontre à suffisance que les raisons pour lesquelles les autorités publiques locales ont décidé d'investir sont, elles-mêmes, d'une grande diversité parce que directement liées aux besoins de leur population.

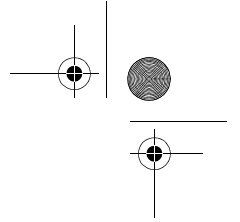
Ma conclusion sera brève.

Malgré la complexité croissante de la législation, j'ai la prétention de croire, et je ne m'abstiens pas de le dire, que nous sommes – passez moi le clin d'œil – une «entreprise» intercommunale, et de surcroît efficace.

Je suis persuadé que le temps est venu de cesser de défendre les services publics; il faut désormais les promouvoir.







CHAPITRE 9 LES SERVICES PUBLICS LOCAUX, LA CONCURRENCE, LES MARCHÉS PUBLICS ET LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

Conclusions générales de la matinée d'études

par
Didier BATSELÉ
conseiller à la Cour de cassation
chargé de cours à l'ULB et à l'Université de Mons-Hainaut

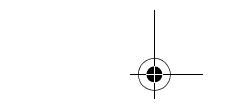
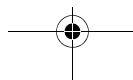
*«Toute pensée qui se bornera aux combinaisons de l'économie politique
sera infailliblement trompée dans les grandes affaires humaines.»*
(E. Quinet, La révolution, livre I^{er}, chapitre 8)

Section 1 *Le temps de l'introspection, de la découverte et des incertitudes*

§ 1 – Introduction

Les pouvoirs publics ont depuis la nuit des temps fait appel à l'initiative et aux capitaux privés pour réaliser la satisfaction de besoins d'intérêt général autres qu'industriels ou commerciaux, soit par la création ou la participation à des institutions publiques ou privées contrôlées par les premières, soit encore en associant contractuellement un partenaire privé. Ces différentes techniques, qui impliquent une collaboration entre les partenaires publics et privés et la prise en charge ou le partage des risques par ces derniers constituent des expressions multiples des partenariats public-privé¹.

1. Voy. not. A. Delvaux et Fr. Moïses, *Partenariat Public-Privé et champ d'application de la réglementation des marchés publics*; D. D'Hooghe et Fr. Vandendriessche, *Publiek-Private Samenwerking*, Brugge, die Keure, 2003, 2^e éd.



DIDIER BATSELÉ

§ 2 – La concurrence en matière d'activités économiques

Dès que des entreprises communes, publiques et privées, poursuivent un but économique de manière durable, elles sont soumises à des règles de concurrence, notamment à celles fixées à l'article 86, 1. et 2., du Traité de Rome, qui dispose que «1. Les Etats membres, en ce compris les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du (...) traité, (...). 2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles du (...) traité, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. (...)».

P. NIHOUL a rappelé que, suivant la Cour de justice des Communautés européennes (en abrégé C.J.C.E.), l'entreprise «comprend toute activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement»² et que l'activité économique est «toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné», contre rémunération³. Il en résulte que, quelle que soit la nature de la personne concernée, privée ou publique, toutes les activités économiques sont soumises aux règles de concurrence. Cette contrainte demeure même 1° lorsqu'une activité économique est poursuivie par une entité intégrée dans une personne publique qui détient le pouvoir de décision⁴, ou 2° lorsqu'une personne publique accorde des droits spéciaux ou exclusifs à une personne distincte, publique ou publique-privée.

En dehors de l'article 6 de la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 (marchés de services) ou de l'article 13 de la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 (marchés de services dans les secteurs «spéciaux»), l'exigence de concurrence peut, en revanche, être écartée lorsque la personne publique confie à un tiers, soit une activité qui n'est pas économique (par exemple en matière de police, d'enseignement ou de culture), soit une activité économique et que 1° elle exerce sur ce tiers un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et 2° ce tiers réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent (cette seconde exception et les deux conditions qui s'y rapportent étant ce que les techniciens appellent l'exception *in house* ou marchés de prestations intégrées). La C.J.C.E. s'est référée à cette exception qu'elle avait créée dans l'arrêt du 18 novembre 1999, TECKAL (aff. C-107/98), à propos de contrats de concessions de service public dans les arrêts du 13 octobre 2005, PARKING

2. C.J.C.E., aff. C-41/90 du 23 avril 1991, Höfner; C.J.C.E., aff. C-82/101 du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris.

3. C.J.C.E., aff. C-82/101 du 24 octobre 2002, Aéroports de Paris (voy. les autres réf. au point 79 de l'arrêt).

4. C.J.C.E., aff. C-118/85 du 16 juin 1987, Comm. C. Italie.



BRIXEN (aff. C-458/03) (concession de parking public) et du 6 avril 2006, ANAV (aff. C-410/04) (concession de transport public sur la commune de Bari).

§ 3 – *Les premiers indices jurisprudentiels*

Les différents intervenants se sont attachés à démontrer que la Commission européenne et à sa suite la C.J.C.E. ont largement conditionné les différents modes de relation des partenaires publics et privés au fil d'une jurisprudence de plus en plus restrictive, voire enchaînant.

La C.J.C.E. n'a-t-elle pas déjà considéré dans un arrêt du 26 avril 1994, COMMISSION c. RÉPUBLIQUE ITALIENNE (aff. C-272/91), que le contrat de concession de service public du lotto – contrat étranger au champ d'application de la réglementation des marchés publics constituait dans l'ordre juridique communautaire un marché de fournitures en raison de l'absence de transfert au «concessionnaire» de la responsabilité des opérations de jeu?

A l'occasion de l'affaire ayant abouti à l'arrêt du 10 novembre 1998, BFI HOLDING (aff. C-360/96), relative à un contrat de ramassage de déchets ménagers, l'avocat général a mis l'accent sur la condition du transfert du risque d'exploitation qui caractérise la concession de service en droit communautaire. La Cour n'a pas abordé cette question et s'est limitée à considérer que l'objet du contrat consistait dans un prix et non dans le droit d'exploiter le service. La C.J.C.E. a finalement énoncé les caractéristiques du contrat de concession de service en droit communautaire dans l'arrêt du 7 décembre 2000, TELAUSTRIA (aff. C-342/98), à savoir le droit d'exploiter un service assorti du transfert du risque d'exploitation. A.-L. DURVIAUX a longuement exposé le point de vue de la Commission européenne donné par la communication interprétative du 12 avril 2000 sur la question; je renvoie à son exposé écrit qui dénonce les incertitudes qui en résultent, notamment en raison de l'indétermination des expressions utilisées. Enfin, ultime incertitude quant à ce, la définition que donne l'article 1^{er}, § 4, de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004, de la concession de services – opération à laquelle ne s'appliquent pas les règles des marchés publics ne se réfère pas au critère du transfert du risque d'exploitation mais seulement au droit d'exploitation du concessionnaire, le cas échéant assorti d'un prix.

DIDIER BATSELÉ

Section 2

Le temps de la conscientisation et de la désolation: illusions et désillusions (la lente agonie des prestations intégrées externes)

§ 4 – Les exigences du Conseil d'Etat

Dans l'arrêt n° 21.624 du 2 décembre 1981, Fédération nationale des entrepreneurs routiers, le Conseil d'Etat avait appliqué la théorie dite de la substitution dont il ressort que la réglementation des marchés publics ne s'applique pas lorsque la société publique ou d'économie mixte se substitue complètement aux personnes publiques qui la créent notamment dans le choix des travaux à effectuer.

Dans le même sens, le Conseil d'Etat a considéré dans l'arrêt n° 173.079 du 3 juillet 2007, S.A. CODITEL BRABANT, que la création d'une personne publique ou l'association d'une commune à une telle personne n'est pas soumise à la réglementation des marchés publics lorsqu'elle s'accompagne du transfert complet du secteur d'activités concerné, en ce compris la propriété du réseau ou des infrastructures. Cet arrêt du Conseil d'Etat, qui est postérieur aux opérations de restructurations réalisées en Région de Bruxelles-capitale, ajoute aux conditions déjà lourdes qui découlent de la jurisprudence de la C.J.C.E. En l'espèce le Conseil d'Etat a considéré qu'il existait une concession de service public. La C.J.C.E. doit se prononcer sur la question préjudicielle qui lui est posée par le Conseil d'Etat.

Les conditions énoncées par ces arrêts se rapportant aux exceptions admissibles à l'application de la réglementation des marchés publics paraissent toutefois dépassées par celles de la C.J.C.E.

§ 5 – La jurisprudence de la C.J.C.E.

L'arrêt du 18 novembre 1999, TECKAL, énonce deux conditions cumulatives pour qu'un marché public puisse être qualifié de «*in house*» (marché de prestations intégrées) et ainsi échapper aux exigences communautaires de concurrence et de transparence (c'est tout l'intérêt de cette institution). Il faut que, à la fois, 1° la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et 2° que cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.

Ce premier arrêt a été suivi d'autres dont P. NIHOUL et A.-L. DURVIAUX ont bien exposé les caractéristiques, notamment pour ce qui concerne les exigences du contrôle analogue au sens de la jurisprudence de la C.J.C.E.

Je les rappelle brièvement.

LES SERVICES PUBLICS LOCAUX, LA CONCURRENCE, LES MARCHÉS PUBLICS ET ...

Dans l'arrêt du 11 janvier 2005, STADT HALLE (aff. C-26/03), la C.J.C.E. considère que la participation, même minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société (d'économie mixte) dont le pouvoir adjudicateur est membre exclut que celui-ci exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Par ailleurs, l'attribution d'un marché à une telle société serait contraire aux objectifs de concurrence et d'égalité de traitement poursuivis par la réglementation des marchés publics. Elle s'est prononcée dans le même sens dans l'arrêt du 21 avril 2005, COMMISSION c. AUTRICHE (aff. C-29/04).

Dans l'arrêt du 21 juillet 2005, CONAME (aff. C-231/03), la C.J.C.E. énonce que la participation du pouvoir adjudicateur à raison de 0,97% au capital d'une société d'économie mixte dont la majorité du capital est publique, ne permet pas un contrôle analogue.

Dans l'arrêt du 13 octobre 2005, PARKING BRIKEN (aff. C-458/03), la C.J.C.E. considère que le contrôle prévu doit permettre à l'autorité publique d'exercer «une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes» rapportée à l'ensemble de l'activité.

L'arrêt du 6 avril 2006, ANAV (aff. C-410/04) exclut l'existence d'un contrôle analogue sur un opérateur public dans lequel pourrait entrer un associé privé. P. NIHOUL critique à raison cette appréciation de la Cour qui ne tient pas compte de la réalité de la situation mais d'une perspective, qui n'a en l'occurrence pas été réalisée.

L'arrêt du 11 mai 2006, CARBOTERMO (aff. C-340/04) considère que «la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou 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». En l'occurrence, la commune concernée détenait plus de 99% des parts de sa filiale. L'arrêt ajoute que «l'influence éventuelle de la commune (...) sur les décisions de la (société adjudicataire) s'exerce par l'intermédiaire d'une société holding», circonstance qui est de nature à affaiblir le contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur, de sorte que le pouvoir adjudicateur n'exerce pas sur la société adjudicataire un contrôle analogue et qu'il ne peut y avoir attribution directe d'un marché public dans cette circonstance. Du point de vue de la condition relative à l'exercice de l'activité, l'arrêt énonce que «dans le cas où plusieurs collectivités détiennent une entreprise, la condition relative à l'essentiel de son activité peut être satisfaite si cette entreprise effectue l'essentiel de son activité, non nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble».

Enfin, l'arrêt du 19 avril 2007, ASEMFO (parfois appelé TRAGSA, abréviation du nom de la partie adverse) (aff. C-295/05), franchit une étape supplémentaire en considérant, d'une part, que l'ensemble du capital social de la société TRAGSA est

DIDIER BATSELÉ

détenu par les pouvoirs publics (99 % par l'Etat et 1 % par quatre communautés autonomes), ce qui tend à démontrer que la condition du contrôle analogue est remplie, d'autre part, que cette société ne pouvait refuser les commandes qui lui étaient faites et qu'elle n'avait pas le pouvoir de fixer le tarif de ses prestations. Pour ce qui concerne le critère de l'activité, TRAGSA consacre 55% de celle-ci au profit des communes autonomes et 35 % au profit de l'Etat, ce qui autorise la Cour à admettre que l'essentiel de l'activité de TRAGSA est réalisé avec les collectivités et les organismes publics qui la détiennent. Cet arrêt ouvre une porte étroite, 1° sous l'angle du critère de l'activité, 2° sous l'angle du contrôle analogue, qui peut être apprécié globalement.

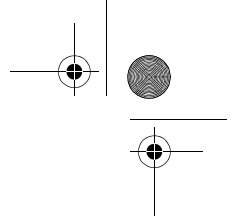
L'arrêt de la C.J.C.E. du 18 décembre 2007, ASSOCIATION PROFESIONAL DE EMPRESAS DE REPARTO Y MANIPULADO DE CORRESPONDENCIA (aff. C-220/06), s'inscrit dans le droit fil de cette jurisprudence à propos d'un accord de collaboration (procédure négociée) conclu entre le ministère de l'éducation, de la culture et du sport et une société publique pour le courrier et le télégraphe, dite CORREOS. Il n'apporte pas de nouvel élément de réflexion.

§ 6 – *En résumé*

S'agissant de l'application de la réglementation des marchés publics, il résulte de l'ensemble de ces arrêts et des conclusions des avocats généraux s'y rapportant que:

1. les relations internes à une personne publique – par exemple au sein de ses services internes ou par une régie non personnalisée – ne sont pas des marchés publics au sens du droit communautaire, ce qui me paraît aller de soi dès lors que l'existence d'une relation contractuelle suppose la rencontre de la volonté de deux personnes juridiquement distinctes;
2. les exigences de concurrence et de transparence résultant de la réglementation des marchés publics s'appliquent aux relations entre les pouvoirs publics et les organismes qui comptent dans leurs associés des sociétés privées non seulement dans le cas de concessions de services publics mais encore dans le cadre de marchés publics, sauf s'il s'agit de prestations intégrées (*in house*); l'évolution de la jurisprudence de la Cour conduit toutefois à considérer que l'exception *in house* ne peut plus être invoquée que dans des hypothèses rarissimes, qualifiées par Fr. ROLIN⁵ de «*situations quasi pathologiques*» au regard du droit français des sociétés (voy. 3.); bien que ce point n'ait pas été évoqué lors de la matinée d'étude, les règles de concurrence et de transparence me paraissent devoir s'imposer pour tous les marchés, que leur valeur soit supérieure ou inférieure aux seuils communautaires; P. NIHOUL observe à raison que le même raisonnement s'applique aux asbl;

5. Pour Fr. Rolin («Les étrangers dans la maison ou l'économie mixte exclue des contrats *in house*», note sous C.J.C.E., n° C-2603, Stadt Halle, *A.J.D.A.*, 2005, p. 899).



3. que les pouvoirs publics ne sont pas soumis aux règles de concurrence et de transparence découlant des directives «marchés» lorsqu'ils confient la gestion d'un intérêt à des personnes publiques pures, par exemple des régies externalisées ou des associations intercommunales, à condition qu'elles satisfassent aux deux critères de l'exercice «exclusif» de l'activité et du contrôle analogue, que celles-ci jouissent ou non de droits exclusifs (ci-après 4.) ou qu'elles soient ou non substituées à leur auteur (théorie de la substitution *supra*). S'agissant de relations contractuelles entre personnes publiques (pures), en l'absence de droits exclusifs ou d'une substitution, l'exception *in house* sera utilement invoquée si les deux conditions requises sont satisfaites;
4. que, pour les seuls marchés de services, les pouvoirs publics ne sont pas davantage soumis aux règles de concurrence et de transparence lorsqu'ils octroient des droits exclusifs à des sociétés privées ou d'économie mixte (article 3, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services). On verra, sur cette question, la contribution de D. YERNAULT et de B. CADRANEL, qui font bien le lien entre les dispositions existantes et la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, non encore en vigueur, et mettent en évidence les restrictions que les nouvelles règles apportent.

§ 7 – Les aides d'Etat

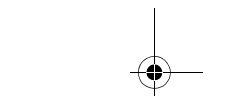
Je ne m'arrêterai pas sur le régime des aides d'Etat visées par l'article 87 du traité de Rome, qui me paraît plus accessoire pour cette matinée d'étude, dont P. NIHOUL a fait la synthèse et je renvoie à sa contribution à cet égard.

Section 3 *Le temps de la réaction et de la (re)construction*

§ 8 – Considérations générales

La jurisprudence de la C.J.C.E., dont chacun des intervenants a fait état, et qu'il a plus ou moins développée selon les besoins de son exposé, constitue un corset pour les intercommunales. L'exemple concret de IGRETEC est révélateur. Intercommunale mixte, elle est devenue une intercommunale pure, dont on peut penser qu'ainsi elle répond aux exigences de la jurisprudence de la C.J.C.E., au moins du point de vue du contrôle analogue. Il lui faudra néanmoins être attentive à consacrer l'essentiel de son activité au bénéfice des pouvoirs publics.

Mais cette jurisprudence risque d'induire, à terme, des effets pervers. Elle pourrait aboutir à créer ou à accentuer une dichotomie entre les opérateurs économiques





DIDIER BATSELÉ

privés et publics, alors que leur collaboration apparaît de plus en plus nécessaire et souhaitable dans nombre de domaines d'activités. M. DEBOIS l'a évoqué à propos du développement économique de Charleroi et du Sud Hainaut.

Elle pourrait provoquer à terme une véritable paralysie de l'initiative des pouvoirs publics qui ne disposeraient plus de moyens (financiers ou techniques) suffisants pour créer, seuls, des organismes leur permettant d'atteindre leurs objectifs et en supporter, seuls, les charges d'exploitation, sauf à provoquer le recours à la sous-traitance, dans les conditions de concurrence et de transparence imposées par la réglementation des marchés publics, ce qui entraînerait un effet de privatisation partielle au second degré.

Enfin, l'exigence de concurrence absolue, outre qu'elle entraîne, à mon sens, un déséquilibre en faveur des opérateurs privés disposant de plus de moyens financiers et techniques et dont l'objectif principal est et reste plus que jamais la réalisation de bénéfices, ne tient pas compte des obligations intrinsèques qui pèsent sur les activités de service public dont l'objectif premier consiste à satisfaire des besoins d'intérêt général, comportant le cas échéant des éléments relevant des activités économiques.

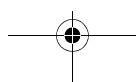
§ 9 – Dans les trois régions

Les trois régions ont réagi différemment à la jurisprudence de la C.J.C.E. et aux demandes d'explication et aux interpellations de la Commission. Les régions flamande et bruxelloise ont légiféré. Fallait-il le faire ou bien les réponses ponctuelles suffisaient-elles? La modification du cadre législatif n'est pas obligatoire. C'est surtout chaque opération concrète qui importe et c'est par rapport à celle-ci que l'adéquation au droit communautaire doit s'apprécier.

§ 10 – Région wallonne

Il n'est sans doute pas excessif de dire, en me fondant sur l'analyse de C. MOLI-TOR que la réponse de la Région wallonne est nettement en deçà de celles des deux autres régions, les modifications apportées au livre relatif à la coopération entre les communes du Code de la démocratie locale et de la décentralisation par le décret du 19 juillet 2006 étant limitées.

A la différence des autres réglementations régionales, le Code n'encourage pas l'association de partenaires publics et privés au sein des intercommunales. Il n'organise pas davantage la substitution obligatoire ou automatique des intercommunales aux communes. En revanche, il renforce les mécanismes de contrôle des intercommunales, pour ce qui concerne d'une part, le contrôle des décisions de l'assemblée générale par les communes et, d'autre part, le plan stratégique de l'intercommunale.



LES SERVICES PUBLICS LOCAUX, LA CONCURRENCE, LES MARCHÉS PUBLICS ET ...

S'agissant du contrôle des communes sur une intercommunale pure (publique-publique), les exigences de la C.J.C.E. relatives au contrôle analogue paraissent recevoir une réponse satisfaisante. S'agissant de l'exigence du contrôle des intercommunales mixtes (d'économie mixte), le Code n'y satisfait pas, de sorte que si l'on suit la ligne des arrêts du 11 mai 2006, CARBOTERMO (aff. C-340/04) et 19 avril 2007, ASEMFO (aff. C-295/05), les communes qui souhaitent acquérir des services ou des fournitures doivent respecter les exigences de concurrence et de transparence qui résultent de l'application du Traité de Rome et du droit dérivé tels qu'ils sont interprétés par la C.J.C.E.

§ 11 – En Région bruxelloise

A Bruxelles, les ordonnances du 19 juillet 2001 relative à l'organisation du marché de l'électricité et du 1^{er} avril 2004 relative à l'organisation du marché du gaz ont attribué la gestion des réseaux de distribution de l'énergie à la société SIBELGA, intercommunale d'économie mixte constituée des 19 communes et d'ELECTRABEL, cette société étant appelée à sortir de l'intercommunale en 2012 de sorte que SIBELGA deviendra à bref délai une intercommunale publique pure. Les statuts de l'intercommunale prévoient qu'elle est substituée aux communes. Entre-temps, SIBELGA a été substituée aux communes pour toutes les missions de gestion du réseau de l'électricité. SIBELGA est titulaire de droits exclusifs.

Les deux intercommunales actives dans le secteur de l'eau, l'IBDE (chargée de l'étude, de l'établissement, de la gestion et de l'extension des services de distribution d'eau) et VIVAQUA (chargée de l'étude, de l'établissement, de l'exploitation et du développement éventuel de services et d'installations de production, de traitement, de transport et de distribution d'eau potable, ainsi que de l'assainissement – en ce compris l'épuration – des eaux usées), sont également des sociétés publiques pures auxquelles des droits exclusifs ont été octroyés.

La circonstance que les trois intercommunales (SIBELGA, l'IBDE et VIVAQUA) soient titulaires de droits exclusifs implique que, en application de l'article 25 de la directive du 31 mars 2004 relative aux secteurs «spéciaux», la directive ne leur est pas applicable. En outre, comme le mettent en évidence D. YERNAULT et B. CADRANEL, la relation entre les deux opérateurs actifs dans le secteur de l'eau «s'avère elle aussi encadrée de droits exclusifs». Ils démontrent magistralement en quoi l'octroi de droits exclusifs respecte l'article 86, § 2, du Traité de Rome.

Concrètement, les communes bruxelloises ne sont plus soumises aux obligations de concurrence et de transparence en ces matières.

Mais les intercommunales qui souhaitent faire appel à d'autres opérateurs externes (externalisation) auxquels elles délègueraient des missions par le biais de concessions (de services publics) restent, elles, soumises aux exigences de

DIDIER BATSELÉ

transparence et de concurrence du Traité de Rome et s'il s'agit de la réalisation de marchés, à celles qui découlent plus particulièrement de la directive «secteurs spéciaux».

§ 12 – *En Région flamande*

La Région flamande a adopté le 6 juillet 2001 un décret portant réglementation de la coopération intercommunale.

D. VAN HEUVEN observe justement que les règles du décret, qui crée quatre catégories d'associations, risquent de ne pas satisfaire aux exigences de la jurisprudence de la C.J.C.E., en particulier à celles de l'arrêt du 11 mai 2006, CARBOTHERMO (aff. C-340/04), en ce qui concerne les intercommunales mixtes et les associations prestataires de services.

Il ressort des trois exemples analysés par D. VAN HEUVEN que chacune des intercommunales – qu'il faut considérer comme publiques pures – bénéficie d'une clause d'exclusivité «réciproque» (selon la précision de leurs statuts) car les communes s'engagent à recourir à leurs services de manière exclusive. Cette condition de réciprocité n'est pas nécessaire au regard de la jurisprudence de la C.J.C.E., en particulier de l'arrêt du 19 avril 2007, ASEMFO (aff. C-295/05).

Section 4

L'initiative publique jugulée au nom de la liberté économique ou la subordination de la prise en charge des besoins d'intérêt général à la logique du marché: une inversion malheureuse des valeurs

§ 13 – *L'impartialité*

Je partage l'idée de Ph. FLAMME que la mise en concurrence d'opérateurs publics ou mixtes au côté de sociétés privées relève de l'absurdité, dès lors que les pouvoirs publics ont créé ou ont contribué à créer des organismes en vue de satisfaire des besoins d'intérêt général. La possibilité qu'un opérateur privé ravisse le marché ou se voie attribuer une concession de service public rendrait *a posteriori* inutile l'investissement public ou public-privé. En revanche, je ne considère pas que l'on doive à tout coup craindre une présomption de partialité de la part d'un pouvoir adjudicateur appelé à confier une mission par la voie d'une concession de service (au sens communautaire) ou à comparer des offres lorsque des personnes publiques ou publiques-privées sont en concurrence avec des personnes privées. Il ne faut pas non plus exclure que des marchés soient attribués en co-traitance à dif-



LES SERVICES PUBLICS LOCAUX, LA CONCURRENCE, LES MARCHÉS PUBLICS ET ...

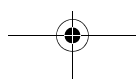
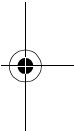
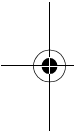
férents opérateurs dont des personnes publiques. Mais les conditions d'un contrôle objectif de la comparaison effective des candidatures et/ou des soumissions doivent être mises en place et ce contrôle doit être exercé rigoureusement notamment quant à l'obligation faite au pouvoir adjudicateur de respecter les procédures et les impératifs de transparence et de motivation de ses décisions.

§ 14 – Conclusions

Des principes supérieurs dont le premier est celui d'assurer la satisfaction de besoins d'intérêt général commandent que les pouvoirs publics conservent une liberté d'action et d'organisation de leurs services publics fonctionnels qui échappe *a priori* à la logique du marché et de la nécessaire concurrence qui en découle.

La jurisprudence de la C.J.C.E. et les positions de la Commission, pour l'essentiel aboutissent à restreindre considérablement cette liberté.

Nous nous poserons tous, certainement, en observateurs attentifs des conséquences qui en résulteront pour les administrés, en formant le vœu que les changements intervenus ou à intervenir, exagérément conditionnés par la logique du marché, ne mettront pas en péril, à l'avenir, l'accès (service minimum, fiabilité, longévité ou continuité) des usagers aux services, tels la fourniture d'énergie et d'eau, dont les prix doivent rester accessibles de manière à garantir pour tous une vie conforme à la dignité humaine.





L'association francophone des sciences de l'administration et de la gestion publiques (AFSA) a organisé le 25 janvier 2008 à Namur, au siège du Parlement wallon, une matinée d'études sur le thème particulièrement d'actualité des modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen. Au cours de cette matinée, avocats, professeurs et praticiens de la gestion publique ont apporté leur contribution à l'analyse d'une situation qui touche directement à l'autonomie communale et à la compatibilité des modes de gestion des services publics locaux avec le droit communautaire. Le présent ouvrage reprend les textes, le plus souvent retravaillés ou complétés, des différents exposés oraux.

A l'heure où les partenariats public-privé sont en plein essor, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, notamment par les arrêts *TECKAL* et *STADT HALLE* (1999 et 2005), a remis en question la possibilité pour les communes de s'associer avec des partenaires privés (essentiellement au sein des intercommunales mixtes). Cette Cour a développé une vision restrictive de la relation juridique *in house*, obligeant – notamment par le biais du critère du «contrôle analogue» tout pouvoir adjudicateur désireux de recourir aux services d'une structure mixte à mettre celle-ci en concurrence conformément aux règles européennes relatives aux marchés publics. En outre, cette jurisprudence est évolutive, comme en témoigne les arrêts plus récents *CARBOTERMO* (mai 2006) et *ASEMFO* (avril 2007).

Les contraintes du droit communautaire de la concurrence et les arrêts précités posent-ils ainsi «plus de problèmes aux sociétés d'économie mixte et aux services d'intérêt général qu'ils n'en résolvent», pour reprendre les termes d'un avis du Comité des Régions? Quelle est la réponse législative apportée à cette problématique par les trois Régions belges? Jusqu'où ces législations régionales peuvent-elles aller pour adapter les modes de gestion publics locaux des services d'intérêt général sans entamer l'autonomie des entités communales? Le sujet est particulièrement riche en incertitudes et controverses et le présent ouvrage a pour ambition d'apporter des réponses adéquates à ces différentes questions.

Présidence de la matinée d'études: Jean BOURTEMBOURG, avocat, maître de conférences aux FUCaM

Comité organisateur: François BELLEFLAMME, Jean BOURTEMBOURG, Ann Lawrence DURVIAUX, Cédric MOLITOR, Pierre NIHOUL, Philippe QUERTAINMONT