

Les opérations immobilières « publiques » et les contraintes du droit européen des marchés et des concessions

Ann Lawrence Durviaux, professeur ordinaire & avocat

Vice Doyen à l'enseignement de la faculté de droit, de science politique et de criminologie de l'Université de Liège
Président du Département de science politique

1. Présentation générale

Quels sont les impacts de la dernière réforme du droit européen des contrats publics¹ sur les opérations immobilières « publiques » soit celles impliquant directement ou indirectement un acteur public ? L'implication d'un acteur public est directe lorsqu'il intervient clairement comme pouvoir adjudicateur, elle devient indirecte lorsqu'un acteur public poursuit un projet d'intérêt général sans avoir l'intention de revêtir la qualité de pouvoir adjudicateur. L'assujettissement au droit des marchés publics implique le respect de modes de passation formalisés. Telle est la question principalement abordée dans le cadre de cette contribution.

Elle suppose dans un premier temps, un rappel du champ d'application du droit européen des contrats publics (I) (englobant les marchés publics et les concessions) à travers l'analyse de leurs composantes principales, l'exigence de contrat ou d'ensemble contractuel (A) et d'un ou de plusieurs objets et différentes formes de contrepartie (B). Dans un second temps, les modes de passation (II) sont abordés afin de rappeler les contraintes des procédures ordinaires (A) et des modes de passation particuliers, en soulignant les nouvelles opportunités.

I. Le champ d'application du droit européen des contrats publics (marchés publics et concessions) et les opérations immobilières

2. Les notions de marché public et de concession dans les textes de droit dérivé

Les directives 2014 n'apportent aucune modification fondamentale aux notions de marché public et de concession par rapport aux textes antérieurs tels qu'interprétés par la Cour de Justice.

Les **marchés publics** sont définis comme des « contrats à titre onéreux conclu par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services »².

Les **marchés publics de travaux** sont définis comme des « marchés publics » ayant l'un des objets suivants : a) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution de travaux relatifs à l'une des activités mentionnées à l'annexe II ; b) soit l'exécution seule, soit à la fois la conception et l'exécution d'un ouvrage ; c) la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par le pouvoir adjudicateur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception »³. L'**ouvrage** reste « le résultat d'un

¹ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, JOUE L 94/1-64 du 28 mars 2013 (ci-après 2014/23) ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, JOUE L 94/65-242 du 28 mars 2014 (ci-après 2014/24) ; Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE, JOUE L 94/243-374 du 28 mars 2013 (ci-après 2014/25).

² Article 2.5 de la Directive 2014/24 ; article 2.1 de la directive 2014/25.

³ Article 2.6 de la Directive 2014/24 ; article 2.2 de la directive 2014/25.

ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil permettant de remplir par lui-même une fonction économique ou technique »⁴.

Les **marchés publics de services** sont « des marchés publics ayant pour objet la prestation de services autre que ceux visés au point 6) »⁵, ce dernier point vise les travaux.

Le droit dérivé ne s'applique pas aux marchés publics de services ayant pour objet « l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou concernant des droits sur ces biens »⁶.

La **concession de travaux** est « un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient l'exécution de travaux à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les ouvrages qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix »⁷ alors que la **concession de services** est « un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix »⁸.

Plus fondamentalement il faut encore que l'attribution d'une concession « implique le transfert au concessionnaire d'un **risque d'exploitation** lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable »⁹. La directive « concession » ne s'applique pas aux concessions de services ayant pour objet « l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens »¹⁰.

Les **marchés mixtes** font l'objet d'une attention particulière. Puisqu'il existe différents régimes relatifs à la passation des marchés et concessions dont les modalités sont plus ou moins contraignantes, le législateur européen a veillé à ce que le regroupement de plusieurs objets ou différentes formes de contreparties ne permette pas le choix de modalités plus souples de passation¹¹.

3. Approche synthétique : présentation générale

Les trois composantes essentielles d'un marché ou d'une concession en droit européen restent donc les mêmes : un contrat écrit, un objet et une contrepartie. Ces trois composantes revisitées par l'interprétation finaliste et par l'interprétation de l'effet dit utile par la Cour de justice doivent être largement comprises.

⁴ Article 2.7. de la Directive 2014/24; article 2.3 de la directive 2014/25.

⁵ Article 2.9 de la Directive 2014/24, article 2.5 de la directive 2014/25.

⁶ Article 10.a) de la Directive 2014/24; article 21.a de la directive 2014/25.

⁷ Article 5.1) a) de la Directive 2014/23.

⁸ Article 5.1) b) de la Directive 2014/23.

⁹ Article 5 in fine de la Directive 2014/23.

¹⁰ Article 8 a° de la Directive 2014/23.

¹¹ Les règles sont détaillées aux articles 20, 21, 22 et 23 de la Directive 2014/23, aux articles 3, 16, 17 de la directive 2014/24 et aux articles 5 et 6 de la directive 2014/15.

Il importe d'abord de rappeler que le **contrat écrit**, évoqué dans les directives européennes relatives aux « *marchés publics* », n'est pas nécessairement celui qui constate l'échange de consentements entre, d'une part, la personne qui commande¹² la prestation (pouvoir adjudicateur, organisme de droit public, entreprise publique ou entités assimilées) et, d'autre part, le prestataire ou l'opérateur économique (entrepreneur, fournisseur, prestataire de services).

En effet, la réglementation a été rendue applicable dans des hypothèses non visées expressément par le texte des directives en recourant, de manière très artificielle, à la figure du mandat, avec des conséquences incertaines au terme d'un raisonnement qui s'harmonise difficilement avec les objectifs poursuivis par le droit dérivé européen des marchés publics.

Il importe ensuite de rappeler que la Cour de justice préconise de ne pas s'arrêter à une qualification nationale.

Le **caractère onéreux** de la relation, dans une économie de marché, ne surprend pas. Le caractère onéreux suppose une contrepartie. Il peut s'agir d'un prix, sous forme d'une contrepartie financière, mais le droit européen ne l'exige pas en tant que composante indispensable ou nécessaire. Ainsi, depuis la directive 93/37/CEE¹³, la concession de travaux est définie comme un *marché* dont la contrepartie consiste dans l'octroi du droit d'exploiter l'ouvrage, éventuellement assorti d'un prix. La jurisprudence de la Cour de justice, les directives 2004 et les directives de 2014 ont largement confirmé cette approche.

L'objet du contrat est également précisé de manière générique. Il s'agit de travaux, de fournitures et de services, soit des prestations économiques. L'objet des marchés publics de services est une prestation économique dégagée, d'une part, de toute considération liée à l'intérêt général ou de service public et, d'autre part, de toute considération liée à la qualité du destinataire de la prestation. Les nomenclatures économiques utilisées pour le propos visent, ainsi, des prestations qui font parfois l'objet d'une *concession de service public* dans certains États membres¹⁴, notamment parce qu'elles sont prestées directement au bénéfice des usagers, citoyens ou *clients*, en bref de tiers par rapport aux parties au contrat. Depuis la directive 93/36/CEE, l'objet du marché (ou contrat) de fournitures est défini sous l'angle juridique de manière large : achat, crédit-bail, location, location-vente, avec ou sans option d'achat¹⁵. Depuis la directive 93/37/CEE, l'objet du marché (ou contrat) de travaux est défini en faisant référence soit à l'exécution, soit conjointement à la conception et à l'exécution, soit à la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage¹⁶. Seule la directive 92/50/CEE ne comportait aucune précision de cette nature¹⁷. À nouveau, sous l'angle pratique, la détermination d'un objet dans une perspective juridique permet l'organisation concrète d'une procédure de mise en compétition selon des modalités variées liées notamment à la possibilité de concevoir une certaine standardisation des engagements juridiques.

¹² La périphrase souligne qu'il n'est pas nécessairement le bénéficiaire ou l'utilisateur de la prestation.

¹³ Reprise dans l'art. 1^{er}, § 3, 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.C.E.*, L.134, 30 avril 2004, p. 114 et s.

¹⁴ Par exemple, la gestion des déchets ménagers ou des services de transport.

¹⁵ Confirmé par l'art. 1^{er}, § 2, c) de la dir. 2004/18/CE.

¹⁶ 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. 1^{er}, c) de la dir. 93/37/CEE - à ce sujet, voy. C.J.C.E., 5 octobre 2000, Commission européenne c. République française, C-16/98 ; 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.C.E.*, L.134, 30 avril 2004, p. 114 et s.).

¹⁷ La même approche est suivie par l'art. 1^{er}, § 2, d), de la dir. 2004/18/CE.

A. Un contrat écrit, un arrangement et autres accords, ou un ensemble contractuel

4. Généralités

Les directives et le droit belge consacrent le contrat comme un élément essentiel de la définition du marché public (et par extension de la concession). Lorsque un pouvoir adjudicateur, une entreprise publique, une entité adjudicatrice décide de confier l'exécution de prestations à des tiers¹⁸ par contrat, la qualification de marché s'impose. L'exigence du contrat dans la définition n'impose cependant pas en soi le recours à des tiers, les mêmes personnes conservant la possibilité d'exécuter les prestations par leur propre moyen, ou, selon la terminologie admise, « en régie »¹⁹.

Tous les contrats publics ne sont pas des marchés publics, quoique régis par une obligation de transparence.

5. La qualification de contrat public en droit national n'a pas d'incidence

La qualification en droit national n'a pas d'incidence en droit européen, compte tenu des techniques d'interprétation fonctionnelle et de l'effet utile déjà précisées. Un contrat public en droit national n'est dès lors pas nécessairement un marché public au sens du droit européen, en dépit qu'il puisse être régi, par un principe de mise en concurrence ou un régime de droit public. Cette précision est importante dans la perspective de la construction européenne puisque les marchés publics dans les différents droits internes étaient parfois régis par le droit privé²⁰, par un régime de droit public²¹, par un régime simplement dérogatoire au droit commun²².

6. Le contrat de subvention

La subvention peut se définir comme étant « une aide financière publique, qui prend la forme d'un décaissement accompli de manière définitive si le bénéficiaire – personne publique ou privée – exécute les obligations qui lui sont imposées en contrepartie, lesquelles prennent, au premier chef, la forme d'une action, généralement à venir, initiée par la personne subsidiaire, jugée digne d'intérêt public et dont le résultat n'entre pas dans le patrimoine propre de la personne subsidiaire, ne participe pas à l'accomplissement du service public dont cette personne à la charge ou n'est pas nécessaire à son fonctionnement »²³.

À l'instar de la discussion sur l'interaction du droit des aides d'État et des marchés publics en droit européen, il n'est toutefois pas toujours aisé de distinguer le financement par les pouvoirs publics d'une activité menée par des tiers (qui peut être une prestation économique au bénéfice de tiers par rapport aux parties contractuelles), du prix payé en contrepartie de l'exécution d'une prestation économique dont des tiers au rapport contractuel peuvent être les bénéficiaires.

¹⁸ Sous réserve de la qualification d'une relation "interne" ou quasi "interne".

¹⁹ D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2003, 73.

²⁰ Le Royaume-Uni.

²¹ Droit allemand, Droit français.

²² Droit belge.

²³ D. RENDERS, Th. BOMBOIS et L. VANSNICK, « La définition de la subvention et ses rapports avec la notion d'aide d'état », in D. RENDERS (dir.), *Les subventions*, Bruxelles, Larcier, 2011, p. 12.

Certains ajoutent que dans l'hypothèse d'un marché public, le bénéficiaire serait nécessairement l'entité qui commande ou un tiers désigné par cette dernière²⁴. À notre sens, cette précision, qui ne figure ni dans les directives ni dans la loi, est partiellement contredite par la liste de toutes les prestations qui forment l'objet du marché²⁵ dont certaines, par définition, bénéficient à des tiers non déterminés.

D'autres soutiennent encore qu'il serait possible de distinguer les deux figures juridiques sur base d'un critère de l'initiative : le pouvoir adjudicateur serait à l'initiative du projet qui fait l'objet du marché alors que la personne subsidiée serait à l'initiative du projet subsidié²⁶. L'initiative n'est pas plus pertinente pour distinguer les deux figures juridiques dans la mesure où les pouvoirs publics restent à l'initiative de la subvention qui doit être prévue par le cadre normatif d'une part, et que d'autre part, un marché public peut résulter d'une initiative privée (hypothèse du prestataire unique ou d'un projet d'aménagement dont l'idée émane du privé).

Resterait alors, le critère du fondement juridique : la fixation des conditions d'octroi d'une subvention relève de la loi (budgétaire ou matérielle) ou, à défaut d'une loi organique, d'un arrêté réglementaire (général ou spécifique), donc un acte unilatéral, alors que le marché est fondé sur une relation contractuelle. La Cour des comptes a mis en évidence les conséquences de cette distinction : au-delà de la base juridique (acte unilatéral ou contrat), l'imputation budgétaire se fait différemment, le régime fiscal (assujettissement à la TVA) diffère, le contrôle également (application de la loi sur le contrôle des subventions)²⁷. À notre sens, le critère du fondement juridique ne résiste pas à l'analyse fonctionnelle de l'exigence du contrat en droit européen, développée par la Cour de justice dans les années qui ont suivi les observations de la Cour des comptes. Le risque de requalification d'une subvention en marché est omniprésent pour les acteurs publics et privés.

7. La concession domaniale

La **concession domaniale** permet à une autorité publique de concéder à des particuliers la jouissance exclusive d'une parcelle du domaine public, moyennant rétribution. L'occupation autorisée peut ne pas servir l'intérêt général et ne servir que l'intérêt du concessionnaire, dans le cadre de ses activités privées. Il en est ainsi, des concessions de sépulture, de plages, d'affichage. La concession fait naître un droit subjectif au bénéfice du concessionnaire (un droit à réparation en cas de faute de l'administration dans l'exécution de la concession). L'utilisation du domaine est concédée de manière provisoire et peut être résiliée de manière unilatérale par l'autorité pour des motifs d'intérêt général²⁸.

La nature contractuelle de la relation fait débat en droit interne. Certains présentent la concession domaniale comme un contrat²⁹. La jurisprudence n'est pas unanime³⁰, le Conseil d'État ayant mis parfois l'accent sur le caractère complexe de la concession domaniale,

²⁴ J. VERMANDER, *Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren*, Ministère de la Communauté flamande, 1997, 25-26; de manière moins explicite, voy. encore Commission européenne, *Proposition de directive du Conseil de coordination des procédures de marchés publics*, 1989, 8-9, cité par D. D'HOOGE et B. SCHUTYSER, *o.c.*, 27, lorsqu'elle précise que « *Contracts for consideration are all contracts according to which the supplier receives a remuneration for the execution of a particular activity which he may perform either for the contracting authority or for third parties and where the benefit of that activity fully accrues to the authority or third parties* ».

²⁵ *Infra*, sur la notion de travaux, fournitures et services.

²⁶ Sur le critère de l'initiative, voir not. C. DUBOIS, « Marchés publics et subventions. Critères distinctifs et éléments de contrôle au regard de la réglementation des aides d'état », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP, 2009, pp. 515 et s., de même que D. MOREAU, « Les risques de requalification des subventions aux associations en marchés ou en délégations de services publics », *A.J.D.A.*, 2002, pp. 902 et s.

²⁷ Cour des comptes, 142^e cahier d'observations soumis aux Chambres législatives, session 1985-1986, p. 247-255.

²⁸ C.E., n° 41.878 du 2 janvier 1993, Seaport Terminals.

²⁹ D. D'HOOGE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2003, 73.

³⁰ Voy. récemment, Cass., 25 septembre 2000, *R.W.*, 2002-2003, 775 ; C.E., n° 86.268 du 28 mars 2000, ATAB.

comportant des éléments de nature contractuelle et réglementaire³¹. Le domaine public étant hors commerce, il ne peut en effet, pas faire l'objet d'une convention.

Les prestations économiques réalisées par le concessionnaire (sous réserve du régime spécifique des concessionnaires de travaux publics qui peuvent également être bénéficiaire d'une concession domaniale), ne sont, en principe, pas régies par le droit des marchés publics³².

Il n'est, à nouveau, parfois guère aisé de distinguer une concession domaniale d'un marché public lorsque la concession comporte certaines charges imposées au concessionnaire (enlèvement des déchets dans le cadre de concession de plage ou autres obligations positives qui peuvent avoir pour objet la réalisation de travaux). Ces charges peuvent entraîner la requalification d'une concession domaniale en marché de services³³ ou de travaux, en concession de service ou de travaux, en fonction des particularités des clauses de l'acte de concession.

Dans le cadre de l'octroi des contrats de mobiliers urbains, une commune permet d'utiliser le domaine public pour l'installation d'abris-bus (ou autres éléments de mobilier), avec le droit d'y afficher de la publicité. De tels contrats ont un temps été qualifiés de concessions domaniales et non de marchés publics pour les motifs suivants : le caractère précaire de l'occupation du domaine public, la circonstance que la commune ne devient pas propriétaire du « mobilier » concerné, le fait qu'aucun service n'est fourni à la ville (mais bien aux utilisateurs des transports publics) ou encore l'absence de contre-prestation financière de la part de la commune³⁴. Comme le souligne à juste titre D. D'Hooghe, aucun de ces éléments n'est incompatible avec la notion de marché public³⁵. La requalification d'une telle concession en marché public suppose une analyse au cas par cas, permettant d'identifier des prestations accomplies par le concessionnaire (installation de mobilier urbain, entretien, etc.) et une contrepartie qui peut consister dans la dispense de payer une indemnité pour l'utilisation du domaine public ou le droit d'y afficher de la publicité³⁶, comme le souligne la jurisprudence et la doctrine françaises³⁷.

8. La concession de travaux et la concession de service

Du point de vue de l'exigence d'un contrat écrit, les concessions de travaux et de services ne présentent aucune spécificité par rapport à la notion de marché public en droit européen.

L'on se gardera d'assimiler la notion européenne de concession de service à celle de concession de service public en droit interne, qui est *un contrat administratif en vertu duquel un particulier (personne physique ou morale) ou un organe de droit public est provisoirement chargé par l'administration, sous l'autorité de cette dernière et dans le respect des*

³¹ C.E., n° 85.875 du 14 mars 2000, Commune de Knesselare.

³² C.E., n° 41.878 du 2 janvier 1993, Seaport Terminals et C.E., n° 48.082 du 21 juin 1994, Seaports Terminals ; D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, la Charte, 1997, pp. 214-215.

³³ Voy. S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2006, pp. 360-362.

³⁴ Dans le même sens : J. STEVENS, rapport précédant C.E., n° 126.719 du 22 décembre 2003, NV City Advertising Benelux, *Entr. et droit*, 2004, (165) 169-170 ; M.-A. FLAMME e.a., *Commentaire pratique*, I, Bruxelles, C.N.C., 1996, 89, qui renvoient à un avis de la Commission des marchés publics (P.V. n° 537 du 11 octobre 1993) ; M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics : révolution ou européanisation ? », *J.T.*, 1994, 391.

³⁵ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, la Charte, 2009, n° 255, p. 170.

³⁶ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, la Charte, 1997, 192, n° 446 ; M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « Des contrats dits de mobilier urbain et de quelques autres problèmes », *Entr. et dr.*, 2004, 171-177 ; Ph. FLAMME e.a., *Les marchés publics européens et belges - L'irrésistible européanisation du droit de la commande publique*, Bruxelles, Larcier, 2006, 66 et s.

³⁷ C.E. fr., 4 novembre 2005, n° 247298 et 247299, JC Decaux ; S. BRACONNIER, *Précis du droit des marchés publics*, Paris, Ed. du Moniteur, 2007, 90-91.

conditions déterminées par celle-ci, d'exploiter un service public à ses frais à charge d'une contribution payée par les utilisateurs³⁸. En effet, la concession de service en droit européen ne renvoie ni à la notion de service public ni à la notion de service d'intérêt économique général³⁹, elle renvoie à une notion plus neutre de prestation économique, décrite par des nomenclatures statistiques qui reprennent des services débarrassés de toute référence à un régime juridique spécial de droit interne ou de toute connotation d'intérêt général.

Dans un arrêt récent, la Cour de justice s'est prononcée en faveur de la qualification de concession de service à un ensemble contractuel⁴⁰, dépassant l'exigence stricte d'un contrat⁴¹.

9. Les contrats de société et d'association

Si en principe, la législation relative aux marchés publics ne s'applique pas aux contrats de société et d'association conclus par des pouvoirs adjudicateurs, la mise en commun d'actifs dans un but commun n'étant pas *a priori* assimilable à la figure du marché public, il faut encore vérifier le contexte et le contenu du contrat. En effet, si lors de la constitution d'une société, un associé est chargé de l'exécution de certaines prestations, le droit des marchés publics peut s'appliquer à l'ensemble du projet : mise en place de l'institution et attribution de prestations économiques à l'un des associés⁴².

Il importe cependant de bien comprendre les concepts mobilisés pour cette analyse.

Comme le souligne Th. Delvaux⁴³, lorsqu'une personne constitue un groupement doté de la personnalité juridique ou y adhère, elle exerce sa liberté d'association⁴⁴.

En droit belge, cette liberté est garantie par l'article 27 de la Constitution⁴⁵ et par l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme (« **C.E.D.H.** »), ainsi que par la loi du 24 mai 1921 garantissant la liberté d'association⁴⁶. La Cour constitutionnelle, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont d'abord élaboré leurs propres critères dans leur jurisprudence relative à la liberté d'association ; de nos jours, il semblerait que ces trois juridictions se réfèrent généralement à la C.E.D.H. et à l'interprétation qu'en donne la Cour

³⁸ Voy. not. P. ORIANNE, *La loi et le contrat dans les concessions de service public*, Bruxelles, 1961, 84 ; A. MAST e.a., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Anvers, Kluwer, 2002, 144 ; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2003, 44 ; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2006, 406.

³⁹ Article 86 TCE.

⁴⁰ C.J.U.E., 21 mai 2015, *Kansaneläkelaitos*, aff. C-269/14, ECLI:EU:C: 2015 :329 ; Note M. Ubaud-Bergeron, *CMP*, 2015/7, pp.25-26

⁴² C.E., n° 145.163 du 30 mai 2005, *CNIM* ; D. D'HOOGHE et F. VANDENDRIESCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2003, 82 ; B. SCHUTYSER, « De publiekrechtelijke verplichtingen van gemeentelijke verzelfstandigings- of samenwerkingsinitiatieven bij het sluiten van contracten », in S. VAN GARSSE (dir.), *Verzelfstandiging en samenwerking op lokaal vlak*, Bruxelles, Politeia, 2007, I, 5/34 ; « Communication interprétative de la Commission européenne concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés », *PPPI*, 5 février 2008, C (2007) 6661.

⁴³ La suite du numéro 235 est un extrait du texte de Th. DELVAUX, « ASBL et fondations de provinces ou de communes », *CUP*, 135, Liège, Anthémis, 2012, pp. 197-291, spéc.p. 266 et s.

⁴⁴ « Le droit d'établir une association constitue un élément inhérent au droit qu'énonce l'article 11. La possibilité pour les citoyens de former une personne morale [dotée de la personnalité juridique] afin d'agir collectivement dans un domaine de leur intérêt constitue un des aspects les plus importants du droit à la liberté d'association, sans quoi ce droit se trouverait dépourvu de tout sens » (Cour eur. D.H., arrêt *Tebieti Mühafize Cemiyeti et Israfilov c. Azerbaïdjan*, 8 octobre 2009, req. n° 37083/03, § 52 ; Cour eur. D.H., arrêt *Sidiropoulos e.a. c. Grèce*, 10 juillet 1998, req. n° 26695/95, § 40).

⁴⁵ Cette disposition de la Constitution énonce de façon lapidaire que « *Les Belges ont le droit de s'associer ; ce droit ne peut être soumis à aucune mesure préventive* ». Ce droit bénéficie à tout citoyen de l'Union européenne se trouvant sur le territoire belge, en vertu du principe d'égalité de traitement consacré par l'article 9 du Traité sur l'Union européenne et par l'article 12 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex-article 12 CE). (Pour une version consolidée de ces deux traités, voy. : *J.O.C.E.*, 9 mai 2008, C 115, , p. 1).

⁴⁶ *M.B.*, 28 mai 1921.

de Strasbourg⁴⁷.

La liberté d'association, souligne encore Th. Delvaux, recouvre notamment le droit de s'associer avec les personnes de son choix. Ceci implique la liberté de déterminer les conditions d'admission de nouveaux membres⁴⁸, ainsi que le droit pour l'association d'exclure un membre qui ne remplit plus les conditions d'admission⁴⁹. La section de législation du Conseil d'État a elle-même indiqué à plusieurs reprises qu'elle considère la liberté de choisir ses associés comme « l'essence même d'une association »⁵⁰.

Reconnaître la liberté d'association à un groupement dont un pouvoir public est membre peut se heurter à des objections en droit des marchés publics. Cette branche du droit empêche en effet un pouvoir adjudicateur de choisir librement ses partenaires, puisqu'elle lui impose de désigner ceux-ci au terme d'une procédure de mise en concurrence.

On enseignait classiquement que la constitution d'un groupement doté de la personnalité juridique (une société) et la vente de titres représentatifs du capital ne s'analysaient pas en des marchés publics. Depuis quelques années, la jurisprudence de la Cour de justice et du Conseil d'État a connu un infléchissement sensible à cet égard : ces deux juridictions admettent que, à certaines conditions, le contrat de société conclu entre un pouvoir adjudicateur et des partenaires privés constitue le moyen de réaliser un marché public. Dans ce cas, l'opération est soumise au droit des marchés publics⁵¹.

Cette jurisprudence n'a pas encore été étendue à la constitution d'une A.S.B.L. par une province ou commune et par des tiers. Il faudra d'ailleurs pour cela que l'opération soit conclue à titre onéreux⁵². Or, la rémunération des membres partenaires de la province ou de la commune ne va pas de soi, compte tenu de la spécialité légale d'une A.S.B.L.⁵³.

⁴⁷ A. SCHAUS, « La liberté d'association », in M. VERDUSSEN et N. BONBLED (dir.), *Les droits constitutionnels en Belgique - Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, vol. II, Bruxelles, Bruylant, 2011, n° 21, p. 1089. La Cour constitutionnelle considère ainsi que, puisque l'article 27 de la Constitution et l'article 11 de la C.E.D.H. ont une « portée analogue », ils « constituent un ensemble indissociable » ; elle tient donc également compte de la seconde disposition dans son examen du respect de la première (par exemple : C.C., 28 septembre 2005, n° 147/2005).

⁴⁸ Art. 2, première phrase de la loi du 24 mai 1921 : « Quiconque se fait recevoir membre d'une association, accepte, par son adhésion, de se soumettre au règlement de cette association, ainsi qu'aux décisions et sanctions prises en vertu de ce règlement ».

⁴⁹ Arrêt *Associated Society of Locomotive Engineers* précité, req. n° 11002/05, § 39. En l'espèce, la législation britannique en cause empêchait le syndicat requérant d'exclure un de ses membres qui avait adhéré au parti d'extrême-droite *British National Party* (BNP). Voir également : Civ. Bruxelles, 28 novembre 2000, *R.W.*, 2001-2002, p. 1477. À propos d'une sanction plus modérée que l'exclusion (une suspension temporaire), Cass., 21 décembre 2006, *Pas.*, 2006, p. 2766, avec conclusions de l'Avocat général P. DE KOSTER.

⁵⁰ Avis L. 30.615/4 du 4 décembre 2000 de la section de législation du Conseil d'État, rendu sur un avant-projet de décret « modifiant les décrets du 17 juillet 1987 sur l'audiovisuel, du 24 juillet 1997 relatif au Conseil supérieur de l'audiovisuel et aux services privés de radiodiffusion sonore de la Communauté française, et du 22 décembre 1994 portant diverses mesures en matière d'audiovisuel et d'enseignement et l'annexe du décret du 27 octobre 1997 contenant les fonds budgétaires figurant au budget général des dépenses de la Communauté française » cité par R. ANDERSEN et P. NIHOUL, « Le Conseil d'État - Chronique de jurisprudence 2000 », *R.B.D.C.*, 2002, n° 22, pp. 39-40 ; avis L. 36.038/2 du 17 novembre 2003 sur un avant-projet de décret « relatif à l'agrément et au subventionnement des missions régionales pour l'emploi », *Doc. parl.* w., 2003-2004, n° 639/1 cité par P. NIHOUL et M. JOASSART, « Le Conseil d'État - Chronique de jurisprudence 2003 », *R.B.D.C.*, 2005, n° 40, p. 91 ; avis L. 37.593/1/V du 8 septembre 2004 sur un avant-projet de loi « modifiant la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité », *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1596/1 ; avis L. 37.594/1/V du 8 septembre 2004 sur un avant-projet de loi « portant modification de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations », *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1595/1, cités par P. NIHOUL, M. JOASSART et V. FRANCK, « Le Conseil d'État - Chronique de jurisprudence 2004 », *R.B.D.C.*, 2005, n° 43, pp. 293-394.

⁵¹ C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, n° C-26/03, *Rec.*, 2005, p. I-00001, point 51 ; C.J.C.E., 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-29/04, *Rec.*, 2005, p. I-09705, point 48 ; C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Acoset*, C-196/08, *Rec.*, 2009, p. I-09913, points 56-61 ; C.E., n° 145.163 du 30 mai 2005, *S.A. Constructions industrielles de la Méditerranée* (C.N.I.M.) ; C.E., n° 194.417 du 19 juin 2009, *S.A. Horizon Pléiades*.

⁵² Les marchés publics sont en effet définis comme des contrats conclus « à titre onéreux ».

⁵³ Art. 1, al. 3 de la Loi du 27 juin 1921 : « L'association sans but lucratif est celle ... qui ne cherche pas à procurer à ses membres un gain matériel » (Comp. avec l'art. du Code des sociétés). La jurisprudence et la doctrine admettent cependant qu'une A.S.B.L. accorde un « avantage patrimonial indirect » à ses membres (Cass., 9 décembre 1940, *Rev. prat. soc.*, 1947-

Si l'application du droit des marchés publics à la constitution d'une A.S.B.L. par une province ou une commune devait être retenue, le conflit entre liberté d'association de ladite A.S.B.L. et le droit des marchés publics pourrait ne pas avoir lieu.

En premier lieu, la liberté d'association peut ne pas s'appliquer. Elle ne bénéficie pas aux (membres des) associations qui sont « *intégrées aux structures de l'État* » ; selon la Cour de Strasbourg, ces groupements ne relèvent pas de la liberté d'association au sens de l'article 11 de la C.E.D.H.⁵⁴. Ceci n'exclut pas d'emblée du bénéfice de l'article 11 de la C.E.D.H. toute personne morale de droit public au sens du droit **interne** d'un État membre. La Cour de Strasbourg a en effet jugé que la notion d'association visée par l'article 11 devait recevoir une portée autonome. Cette précision a été expressément formulée à propos d'une certaine catégorie d' « associations loi du 1^{er} juillet 1901 » (équivalent français de nos A.S.B.L.)⁵⁵, dont la constitution était imposée par la loi française et dont la France soutenait devant la Cour qu'elles avaient un statut public ou semi-public. Constatant que ces associations regroupaient des particuliers et étaient dénuées de prérogatives de la puissance publique, la Cour estima qu'elles ne pouvaient être considérées comme « *intégrées aux structures de l'État* » ; elles étaient donc soumises à l'article 11 précité, en dépit du fait qu'elles étaient agréées par une autorité administrative qui détenait à leur égard certains pouvoirs de contrôle et de sanction⁵⁶.

En second lieu, à supposer que la liberté d'association s'applique, l'entrave à cette liberté découlant du droit des marchés publics pourrait être considérée comme justifiée au regard de l'article 11.2 de la C.E.D.H. : elle est en effet prévue par la loi ; elle est sans doute considérée de nos jours comme une « *mesure nécessaire, dans une société démocratique ... à la protection des droits et libertés d'autrui* »⁵⁷ ; restera alors la question de savoir si l'entrave est proportionnée au but poursuivi. Cette dernière question pourrait le cas échéant déboucher sur une application de l'adage de *minimis non curat praetor* – connue en droit de la concurrence⁵⁸, mais jusqu'à présent inconnue en droit des marchés publics.

10. Le mandat : l'effet « utile » inattendu

L'arrêt de la Cour de justice qui a consacré le mandat comme un facteur déclenchant de l'application du droit communautaire des marchés publics dans le chef du mandataire a

48, p. 50 ; M. DENEFF, *Economische activiteiten van VZW en stichting*, Leuven, Biblo, 2003, n° 121, pp. 15-116 et les références).

⁵⁴ Cour eur. D.H., arrêt Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique, 23 juin 1981, req. n° 6878/75 et 7238/75, § 64-66 ; Cour. eur. D.H., arrêt Albert et Le Compte c. Belgique, 10 février 1983, req. n° 7299/75 et 7496/76, § 44 ; Cour eur. D.H., arrêt Chassagnou e.a. c. France, 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, §§ 100-102 (*a contrario*). Sur la non-application de l'article 11 de la C.E.D.H. (à l'obligation de s'affilier) à un ordre professionnel en vertu de leur qualité d'association de droit public, voy. également : Cour eur. D.H., arrêt Popov e.a. c. Bulgarie, 6 novembre 2003, req. n° 48047/99, 48961/99, 50786/99 et 50792/99 (ordre bulgare des médecins), qui cite les décisions suivantes : Cour eur. D.H., arrêt O.V.R. c. Russie, 3 avril 2001, req. n° 44319/98 (chambre des notaires de Russie) ; Commission eur. D.H., arrêt Revert et Legallais c. France, 8 septembre 1989, req. n° 14331/88 et 14332/88 (ordre français des architectes) ; Commission eur. D.H., arrêt A. e.a. c. Espagne, 2 juillet 1990, req. n° 13750/88 (ordre espagnol des avocats) ; Commission eur. D.H., arrêt Vialas Simon c. Espagne, 8 juillet 1992, req. n° 16685/90 (ordre espagnol des médecins).

⁵⁵ Il s'agissait d' « *associations communales de chasse agréées* » ou ACCA (association regroupant tous les chasseurs d'une commune) et d' « *associations intercommunales de chasse agréées* » (association regroupant plusieurs ACCA d'un même département). L'arrêt laisse entendre que ces associations ne comptaient que des particuliers - donc aucune commune - parmi leurs membres (§ 101 de l'arrêt cité à la note suivante).

⁵⁶ Cour eur. D.H., arrêt Chassagnou e.a. c. France, 29 avril 1999, req. n° 25088/94, 28331/95 et 28443/95, §§ 100-102. Le procédé est classique dans un ordre juridique multinational qui a confié l'interprétation de la norme commune à une seule et même juridiction ; à défaut, chaque État membre pourrait se ménager sa propre interprétation de la norme commune.

⁵⁷ En l'occurrence, le droit de propriété et la liberté d'entreprendre des concurrents potentiels du ou des partenaires pressentis de la province ou de la commune au sein de l'A.S.B.L.

⁵⁸ Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du Traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*), J.O.C.E., 22 décembre 2001, C-366, qui renvoie notamment à : C.J.C.E., 21 janvier 1999, Bagnasco (Carlos) contre Banca Popolare di Novara et Casa di Risparmio di Genova e Imperia, C-215/96 et C-216/96, *Rec.*, 1999, p. I-135, points 34 et 35.

été largement critiqué par la doctrine⁵⁹. S'écartant de l'opinion émise par l'avocat général⁶⁰, la Cour de justice a estimé, dans un dispositif qui semble de principe selon certains ou qui, à tout le moins, forme le cœur de son raisonnement⁶¹, dans une hypothèse où une législation urbanistique prévoyait la réalisation d'ouvrages d'équipements par un lotisseur privé⁶², qu'une convention avait bien été conclue, soulignant qu'il importait peu que celle-ci « participe de l'exercice de la puissance publique ».

Plus surprenant encore, dans les faits, un contrat avait bien été passé par un « pouvoir adjudicateur », au sens des directives, avec un lotisseur privé qui n'était pas en l'espèce « un entrepreneur », contrat qui constituait, en quelque sorte, un accessoire de l'autorisation d'urbanisme⁶³. Or, c'est dans le chef de ce lotisseur privé que se « retrouve » l'obligation de respecter la réglementation relative aux marchés publics lorsqu'il fait réaliser les travaux relatifs aux équipements.

Déduite de la technique d'interprétation bien connue de « l'effet utile », amplement utilisée par la Cour de justice dans les directives « marchés », il « suffisait », pour respecter la directive « travaux », que l'administration communale oblige « le lotisseur titulaire du permis, par les accords conclus avec lui, de réaliser les ouvrages convenus en recourant aux procédures prévues par les directives, et cela pour remplir les obligations qui incombent à cet égard à l'administration communale ». En effet, explique la Cour, « dans ce cas, le lotisseur doit être regardé, en vertu des accords passés avec la commune qui l'exonèrent de la contribution aux charges d'équipement en contrepartie de la réalisation d'ouvrages d'équipement public, comme détenteur d'un mandat exprès⁶⁴ accordé par la commune pour la construction de cet ouvrage ».

L'interprétation de cet arrêt reste délicate, notamment en ce qu'elle s'écarte du texte des directives et de ses objectifs.

En effet, le raisonnement tenu implique de considérer des actes juridiques de types unilatéral et contractuel, qui se nouent dans le cadre de relations complexes entre plusieurs intervenants, en recherchant la présence des éléments compris dans la définition communautaire entre des parties différentes !

⁵⁹ C.J.C.E., 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, Pierro De Amicis, Consiglio Nazionale degli Architetti Leopoldo Freyrie et Comune du Milano, C-399/98 (dite « La Scala »), *Rec.*, 2001, p. I-5409, concl. Ph. LEGER ; sur cet arrêt, voy. L. RICHER, « Une définition communautaire du marché de travaux : un arrêt récent de la Cour de justice relatif à un projet d'urbanisme à Milan précise la notion de marchés de travaux », *A.C.C.P.*, n° 4, octobre 2001, pp. 61-63 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Chronique de droit communautaire », *A.J.D.A.*, 2001, p. 948 et s. : les auteurs font un rapprochement avec la solution retenue par le C.E. fr., 30 mai 1975, Société d'équipement de la région montpelliéraine, *Rec.*, p. 326 ; *A.J.D.A.*, 1975, p. 345 et s., obs. M. DE FRANC et M. BOYON.

⁶⁰ L'Av. gén. P. LEGER, dans l'aff. C-399/98 citée à la note précédente, considérait qu'il n'y avait ni contrat, ni caractère onéreux de la relation, ni d'entrepreneur impliqué.

⁶¹ Souligné par le Professeur L. RICHER, « Une définition communautaire du marché de travaux, un arrêt récent de la Cour de justice relatif à un projet d'urbanisme à Milan précise la notion de marchés de travaux », *op. cit.*, spéc. pp. 61-63.

⁶² Il s'agissait en l'espèce de la législation italienne. En droit belge, l'instrument juridique aurait relevé de la catégorie des « charges d'urbanisme ». Le litige qui a donné lieu à cet arrêt est né dans le cadre d'une vaste opération urbanistique menée par la ville de Milan. Cette dernière a imposé à un promoteur immobilier qui réaménageait une ancienne zone industrielle, la réalisation d'un théâtre « Teatro alla Bicocca » qui devait accueillir les activités de La Scala de Milan pendant des travaux de rénovation de celle-ci, et ultérieurement d'autres activités théâtrales. La législation italienne imposait, lors de la réalisation de travaux sur le territoire communal, une obligation de contribuer aux dépenses d'équipement et autres coûts liés aux constructions. L'autorisation de la commune était subordonnée à la conclusion d'une convention relative à cette contribution. Dans les faits, un accord était intervenu entre la commune et le promoteur afin de lui permettre, au lieu de verser la contribution, de construire et transférer le nouveau théâtre. La technique est connue en Belgique, puisqu'il est souvent imposé au promoteur, dans le cadre de la réalisation de nouveaux lotissements, de construire et transférer les équipements collectifs liés au projet, par exemple les voiries.

⁶³ Un acte pris dans le cadre d'une police administrative.

⁶⁴ Dans le corps de l'arrêt, l'identification du mandat se fait pourtant au moyen d'une déduction, ce qui aurait demandé à tout le moins que fut souligné le caractère implicite de celui-ci, comme le souligne de manière pertinente F. LICHÈRE, « Maîtrise d'ouvrage, mandat et droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour de justice du 12 juillet 2001 'Ordre des architectes de la province de Milan et Lodi' », *A.C.C.P.*, n° 9, mars 2002, pp. 50-54, spéc. p. 54.

Ainsi, la « *relation onéreuse* » se noue entre la ville, pouvoir adjudicateur, et le lotisseur, puisque ce dernier est exonéré, moyennant la réalisation de travaux, du paiement de ce que certains ordres juridiques appellent une « *charge d'urbanisme* ». La « *relation consensuelle* » qui enclenche l'application du droit dérivé est identifiée entre ces mêmes parties. Mais l'obligation d'appliquer le droit dérivé des marchés publics incombe au lotisseur ... pour compte du pouvoir adjudicateur.

La relation onéreuse et consensuelle ne suffisant pas à expliquer l'obligation du lotisseur, la Cour de justice va compléter son analyse en retenant le transfert de propriété à terme des « *ouvrages* » dans le patrimoine du pouvoir adjudicateur, élément qu'elle avait pourtant rejeté en d'autres occasions⁶⁵, pour justifier la solution retenue *in fine*. L'identification d'un « *ouvrage public* » semble également avoir influencé de manière déterminante l'interprétation retenue par la Cour de justice.

Ces précisions sont étonnantes.

L'objet de la « *relation juridique* » étudiée est en effet défini dans le droit dérivé des marchés publics comme une prestation économique, précisée dans des nomenclatures, sans autre considération particulière sur un caractère public du résultat obtenu par l'exécution de la prestation. Pourquoi, dès lors, accorder de l'importance à la circonstance que l'ouvrage est *public* ?

Enfin, de manière plus fondamentale, le résultat concret de cette interprétation dite fonctionnelle ou finaliste de la Cour de justice est d'imposer la mise en concurrence selon des formes prévues par le droit dérivé à un lotisseur privé qui ne semble pas, dans le prolongement des objectifs poursuivis par le droit dérivé des marchés publics, présenter les mêmes « *comportements déviants* » que ceux des pouvoirs publics. Il poursuit la maximisation de son profit, dans une logique libérale qui ne va pas en soi le pousser à confier l'exécution de travaux à des entreprises pour des raisons « *non économiques* », comme des considérations basement nationalistes ou supposées telles. Sur base de quelle finalité du droit communautaire dérivé des marchés publics la Cour de justice peut-elle se fonder pour expliquer cette interprétation par trop « *créative* » ?

Peut-on, dans le cas d'espèce, retrouver une certaine cohérence ou logique en soulignant que l'opération en tant que telle permet d'éviter une dépense de deniers publics⁶⁶ ? Il s'agirait alors de considérer que la charge d'urbanisme est une exécution en nature de l'obligation de payer, ce qui relève d'une idée de taxe ou de contribution particulière à une dépense qui, sans cela, aurait dû être financée par la collectivité.

La Cour de justice ne s'est pas exprimée clairement sur les éléments déterminants de son raisonnement, laissant le lecteur perplexe. L'identification d'un mandat n'est guère convaincante et va susciter un autre débat.

11. *Un acte unilatéral n'est pas un contrat*

Le 6^e considérant de la directive 92/50/CE précisait que les prestations confiées à des tiers sur base de dispositions législatives, réglementaires ou des contrats d'emplois⁶⁷, n'étaient pas couvertes par la notion de marché. Ce considérant ne figurait plus dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. Toutefois, l'exigence du contrat est bien restée dans le texte de

⁶⁵ Notamment dans son arrêt du 26 avril 1994, Commission européenne c. Italie, C-272/91, *Rec.*, 1994, p. I-1409 et s.

⁶⁶ Mais la Cour de justice indiquera ultérieurement que la dépense publique n'est pas un critère du marché public en droit communautaire (voy. C.J.C.E., 18 novembre 2004, Commission des Communautés européennes c. République fédérale d'Allemagne, C-126/03, <http://europa.eu.int/cj> (22 novembre 2004), spéc. point 20).

⁶⁷ L'exclusion spécifiques pour les marchés de services ayant pour objet un contrat d'emploi est reprise à l'article 10.g de la directive 2014/24 et à l'article 21.f de la directive 2014/25.

ces dernières, la disparition de ce préambule ne semble pas devoir influencer l'interprétation du texte.

La Cour de justice a consacré cette solution lorsque des services (en l'espèce, des services d'ambulance en cas d'urgence) sont fournis par un organisme sur la base de pouvoirs directement empruntés à la loi⁶⁸. Le fait qu'un « *service level agreement* » (contrat de niveau de service) ait été conclu avec une autre administration et que cette dernière verse une contribution aux frais générés par la prestation de services a été jugé sans pertinence par la Cour⁶⁹.

La même solution doit être retenue pour les autres rapports juridiques qui sont issus d'autorisations⁷⁰.

12. L'obligation de transparence au-delà du contrat⁷¹

La distinction structurante dans de nombreux droit interne entre actes unilatéraux et contrats n'a pas une incidence déterminante en droit de l'Union lorsqu'il s'agit d'apprécier l'étendue du principe de transparence. *A contrario*, il importe de ne pas induire la qualification de marché public de l'organisation d'une procédure de mise en concurrence.

L'octroi d'un agrément conférant à un opérateur un droit exclusif pour exercer une activité économique doit respecter les exigences de la libre prestation de services (art. 56 TFUE), notamment le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence. Tel est l'enseignement principal de l'arrêt *Sporting Exchange*⁷². Cette extension du principe de l'obligation de transparence était attendue, ne serait-ce que parce qu'annoncée par la Commission européenne avec fermeté⁷³ et en raison de la circonstance qu'elle s'inscrit dans le prolongement d'une jurisprudence constante de la Cour de justice relative aux autorisations unilatérales dérogeant à une liberté fondamentale⁷⁴. Il n'en reste pas moins que l'obligation de transparence est affirmée avec netteté pour la première fois par la Cour de justice.

Cet arrêt renforce le principe de transparence lors de la dévolution parfois qualifiée d'unilatérale dans certains États membres de concession ou autre droit de nature similaire, mais également plus largement pour toutes les autorisations de police, lorsque ces dernières limitent l'exercice d'une activité économique même purement privée, et sans doute, les autorisations unilatérales d'occupation du domaine public. L'arrêt ne concerne que les activités économiques qui présentent un intérêt transfrontalier certain pour les entreprises.

Il faut encore noter que la Cour de justice a adopté, sur conclusions contraires de son avocat général, une interprétation spécifique de l'exception « in house » : lorsque le bénéficiaire du droit exclusif est un opérateur public dont la gestion est soumise à la surveillance directe de l'État ou à un opérateur privé sur les activités duquel les pouvoirs publics sont en mesure d'exercer un contrôle étroit, l'obligation de transparence est écartée, sans autre condition.

Le principe de concurrence qui participe de cette « logique concurrentielle » évoquée

⁶⁸ C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Commission c. Irlande*, C-532/03.

⁶⁹ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, n° 238, p. 161.

⁷⁰ D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, la Charte, 1997, 177.

⁷¹ C.J.U.E., 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08 ; C.J.U.E., 9 septembre 2010, *Ernst Engelman*, C-64/08.

⁷² C.J.U.E., 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08 ; « Contrats et marchés publics », 2010, comm. 422 ; *A.C.C.P.*, 2010, n° 102, p. 13 ; concl. Av. gén. Y. BOT, présentées le 17 déc. 2009, *A.C.C.P.*, 2010, n° 96, p. 13-14.

⁷³ Not. dans la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire, *J.O.C.E.*, 2000 C 121, p. 2-13.

⁷⁴ F. LLORRENS, P. SOLERS-COUTEAUX, « L'extension de l'obligation de mise en concurrence aux actes unilatéraux », *Contrats et marchés publics*, 2010, Repère 11.

précédemment est également perceptible dans la directive dite « services »⁷⁵. Les procédures de sélection entre plusieurs candidats lorsque le nombre d'autorisations disponibles pour une activité donnée est limité en raison de la rareté des ressources naturelles ou des capacités techniques utilisables, ne comportent aucune distinction entre les autorisations unilatérales ou autorisations conventionnelles. Elles doivent offrir toutes les garanties d'impartialité et de transparence (publicité adéquate, ouverture et modalités de la procédure⁷⁶).

Avec l'affaire *Engelman*⁷⁷, la Cour de justice va confirmer l'arrêt *Sporting Exchange* : les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination et son corollaire, l'obligation de transparence, s'imposent aux pouvoirs publics, quel que soit le mode de sélection des opérateurs économiques. Ces principes prohibent l'octroi, en dehors de toute mise en concurrence, de concessions d'exploitations d'établissements de jeux de hasard⁷⁸.

B. Le(s) objet(s) et le(s) contrepartie(s)

(1) Le(s) objet(s)

13. Une prestation économique : travaux, fournitures ou services

D'un point de vue pratique, la détermination de l'objet consiste à préciser l'achat pour la partie qui commande. Il s'agit d'acheter des fournitures, des services ou des travaux.

Du point de vue juridique, les règles qui président à la passation, à l'exécution et aux délégations de pouvoir, des marchés varient selon qu'il s'agit de travaux, de fournitures et de services.

D'un point de vue politique, la détermination du champ d'application par le biais des prestations visées est bien la mesure de l'ouverture à la concurrence des entreprises établies dans les autres États membres pour l'accès aux marchés publics passés par des entités établies dans un État membre.

La détermination des prestations économiques visées par le droit européen et le droit belge est relativement complexe puisqu'il résulte à la fois d'un système de liste comportant de nombreuses exceptions et de nomenclatures internationales relativement rébarbatives.

Sans entrer dans le dernier détail de celles-ci, la notion de prestation économique visée par le droit des marchés publics est précisée au regard de la notion d'activité économique et replacée dans le système du droit européen dans un premier temps.

Ensuite, certaines précisions sont apportées sur les objets mixtes, fonctionnels ou multiples, en

⁷⁵ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, J.O.C.E., L.376/36, 2006, p. 36-68 (qui devait être transposée pour le 28 décembre 2009).

⁷⁶ Art. 12 de la directive services. Voy. sur ce point, J.-D. DREYFUS, « La soumission des conventions d'occupation du domaine public aux règles du Traité de Rome », *A.J.D.A.*, 2008, 2172.

⁷⁷ C.J.U.E., 9 septembre 2010, Ernst Engelman, C-64/08.

⁷⁸ Points 49 à 58 de l'arrêt Ernst Engelman (C-64/08). Voy., en matière d'organisation des paris : C.J.U.E., 8 septembre 2010, Winner Wetten, C-409/06 dans lequel la C.J.U.E. va estimer « qu'en raison de la primauté du droit de l'Union directement applicable, une réglementation nationale relative à un monopole public sur les paris sur les compétitions sportives qui, selon les constatations opérées par une juridiction nationale, comporte des restrictions incompatibles avec la liberté d'établissement et la libre prestation des services, faute pour lesdites restrictions de contribuer à limiter les activités de paris d'une manière cohérente et systématique, ne peut continuer à s'appliquer pendant une période transitoire ».

raison de leur récurrence dans la pratique.

14. La notion d'activité économique

La notion d'activité économique vise « toute activité qui consiste à offrir des biens et de services sur un marché donné »⁷⁹. Pareille activité se caractérise par le fait qu'elle serait, du moins dans son principe, susceptible d'être exercée par un opérateur privé⁸⁰. Ainsi, le fait d'offrir un service contre rémunération semble inconciliable avec, par exemple, l'exercice d'un pouvoir réglementaire.

La notion d'activité économique revêt une importance singulière en droit européen, au moins pour deux raisons.

Premièrement, elle étend l'emprise de la logique *marchande* à des entités qui accomplissent des activités sans but de lucre. La Cour de justice a rappelé que le caractère lucratif de l'activité n'est pas pertinent⁸¹ : il suffit qu'elle soit fournie normalement en contrepartie d'une rémunération directe ou indirecte.

Deuxièmement, elle impose une relecture des activités accomplies par des entités publiques (au sens organique) à l'aune de ce concept.

En effet, comme l'a démontré le Professeur Thirion, la notion d'activité économique est, par elle-même, inapte à exclure, en quelque sorte par nature, certaines missions accomplies par les pouvoirs publics de sa définition, toute activité publique pouvant dans l'absolu être appréhendée en termes économiques⁸². Mais le Traité CE a donné compétence aux institutions communautaires pour définir ce qui, dans l'ordre juridique communautaire, est considéré comme une activité économique. Selon certains, il existe en droit européen une sorte de présomption en faveur du caractère économique de toute activité de service⁸³.

Aujourd'hui, la définition particulièrement large d'activité économique ne semble guère rencontrer en droit communautaire que deux frontières : l'exercice d'une prérogative de puissance publique et les activités reposant sur un principe de *solidarité nationale*.

La première frontière, autrement dit l'exercice exclusif⁸⁴ d'une prérogative de puissance publique, est fragile, puisque cette dernière notion reçoit une définition particulièrement étroite en droit communautaire. Au demeurant, lorsque les prérogatives publiques sont spécifiquement conférées pour l'exploitation d'une activité économique, elles font partie intégrante de cette activité et relèvent à ce titre du droit de la concurrence⁸⁵. La Cour de justice a considéré que la notion de prérogative de puissance publique recouvrait notamment les activités de contrôle du trafic aérien⁸⁶ et les activités de police⁸⁷ et de surveillance antipollution du domaine maritime⁸⁸.

⁷⁹ Voy. notamment C.J.C.E., 16 juin 1987, Commission c. Italie, C-118/85, *op. cit.*, spéc. point 7.

⁸⁰ Voy. notamment concl. Av. gén. TESAURO rendues dans C-159/91 et C-160/91 (Poucet et Pistre), *Rec.*, 1993, p. I-637 et s., spéc. point 8, et dans C-364/92 (SAT Fluggesellschaft), *Rec.*, 1994, p. I-45 et s., spéc. point 9.

⁸¹ C.J.C.E., 25 octobre 2001, Ambulanz Glöckner c. Landkreis Südwestpfalz, C-475/99, *Rec.*, 2001, p. I-8089.

⁸² N. THIRION, *op. cit.*, spéc. p. 72.

⁸³ R. KOVAR, *op. cit.* ; cette présomption est d'autant plus facilement établie que le droit communautaire ne retient pas la question du mode et des sources de financement pour définir le concept d'activité économique. Il s'agit à notre sens d'un de ces malentendus véhiculés par la pénétration du droit par l'économie. Au demeurant, la deuxième frontière admise en droit communautaire implique bien que le mode de financement *du service rendu par l'entreprise* est une donnée qui doit être prise en considération.

⁸⁴ N. THIRION, *op. cit.*, spéc. pp. 62-63.

⁸⁵ M. BAZEX, « Le droit public de la concurrence », *R.F.D.A.*, 1998, p. 781 et s.

⁸⁶ C.J.C.E., 19 janvier 1994, Eurocontrol, C-364/92, *Rec.*, 1994, p. I-43 ; *J.T.D.E.*, 1994, p. 54, note Ph.-E. PARTSCH.

⁸⁷ Mais pas les activités de gestion et d'exploitation des aéroports parisiens, qui sont rémunérées par des redevances commerciales variant selon le chiffre d'affaires (T.P.I.C.E., 12 décembre 2000, T-128/98, *Rec.*, 2000, p. II-3929).

⁸⁸ C.J.C.E., 18 mars 1997, Diego Cali, C-343/95, *Rec.*, 1997, p. I-1547.

La deuxième frontière (les activités reposant sur un principe de *solidarité nationale*) a été tracée par la Cour de justice dans trois affaires relatives à certaines activités d'organismes chargés de la gestion des régimes de sécurité sociale⁸⁹, lorsqu'elles répondent à certaines caractéristiques dégagées *a contrario*⁹⁰.

15. *L'exercice de l'autorité publique et les services d'intérêt économique général : limite à l'application du droit des marchés publics ?*

La question est posée depuis l'affaire C-160/08⁹¹.

Des entreprises établies dans des États membres autres que l'Allemagne s'étaient plaintes de la passation des marchés publics (et concessions) relatifs aux services de transport sanitaires. En Allemagne, l'organisation des services de secours relève de la compétence des *Länder*.

Dans la plupart des *Länder*, la fourniture des services de secours relève d'un système dit « dual » (*duales System*), également appelé « modèle de séparation » (*Trennungsmodell*). Les services publics de secours comprennent généralement des prestations de transport médical d'urgence et des prestations de transport sanitaire qualifié. Le transport médical d'urgence désigne l'acheminement en véhicule de secours ou en ambulance, sous contrôle spécialisé, de personnes blessées ou malades en danger de mort. Le transport sanitaire qualifié correspond à l'acheminement en véhicule sanitaire, sous contrôle spécialisé, de personnes malades, blessées ou ayant besoin d'une assistance quelconque, mais dont la situation ne revêt pas un caractère d'urgence. Ces deux types de prestations sont généralement accessibles à la population 24 heures sur 24, sur l'ensemble du territoire concerné, et impliquent le plus souvent l'organisation d'un service de garde doté en permanence de personnel et de véhicules d'intervention. Si des services médicaux accompagnent parfois les services de transport, la plupart de ceux-ci sont réalisés sans l'assistance d'un médecin. Les collectivités locales responsables de l'organisation des services publics de secours concluent des contrats avec des prestataires pour l'ensemble de la population du territoire de leur ressort. La rémunération des services en cause est effectuée soit directement par le pouvoir adjudicateur, selon le modèle dit de « soumission », seul visé par le présent recours, soit par la perception d'une contrepartie financière par le contractant auprès des patients ou des caisses de maladie, selon le modèle dit de « concession ».

L'intérêt de cette affaire réside moins dans la solution finale, résultant d'une simple application du régime des services mixtes (prioritaires et non prioritaires) et d'un manque de précision de la Commission dans la conduite de la procédure en manquement, que dans le système de défense choisi par la République fédérale d'Allemagne et par les Pays-Bas.

Ceux-ci ont soulevé en premier lieu l'exception de participation de l'activité concernée à l'exercice de l'autorité publique (art. 51 TFUE) en invoquant que la politique publique de prévention des risques et de protection de la santé, les services publics de transport sanitaire relevaient de cette exception, car elle participerait de l'exercice de l'autorité publique impliquant la détention de « pouvoirs spéciaux » comme la planification, l'organisation et la gestion des services, l'imposition d'information et de déclaration à des tiers. Les deux États membres soutenaient qu'il s'agissait d'une activité régalienn.

Ils ont encore fait valoir, à titre subsidiaire, que les services sanitaires de transport relevaient

⁸⁹ C.J.C.E., 13 février 1993, *Christian Poucet c. Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*, C-159/91 et C-160/91, *Rec.*, 1993, p. I-637 ; C.J.C.E., 16 novembre 1995, *FFSA c. Ministère de l'agriculture et de la pêche*, C-244/94, *Rec.*, 1995, p. I-4013 ; C.J.C.E., 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, *Rec.*, 1999, p. I-5751.

⁹⁰ Caractère obligatoire de l'affiliation, principe de solidarité (par opposition au principe de capitalisation), prestations versées ne dépendant pas exclusivement du montant des cotisations payées par les bénéficiaires.

⁹¹ C.J.U.E., 29 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, C-160/08, concl. Av. gén. TRSTENJAK présentées le 11 févr. 2010, non encore publié au Recueil).

de la notion de services d'intérêt économique général au sens de l'article 106, § 2, TFUE qui permet de déroger aux règles de concurrence, aux libertés fondamentales, mais également aux règles sur les marchés publics.

La Cour de justice va rejeter les deux exceptions *in casu*, tout en admettant le principe de leur application potentielle.

En ce qui concerne la première exception, elle rappelle que selon une jurisprudence bien établie, la dérogation prévue auxdits articles « doit être restreinte aux activités qui, prises en elles-mêmes, constituent une participation directe et spécifique à l'exercice de l'autorité publique »⁹². Renvoyant aux conclusions de son avocat général⁹³, elle précise encore qu'« une telle participation implique un exercice suffisamment qualifié de droits exclusifs, de privilèges de puissance publique ou de pouvoirs de coercition ». Elle applique ensuite ces solutions bien connues au cas d'espèce pour estimer que « la contribution à la protection de la santé publique, à laquelle tout individu peut être appelé, notamment en prêtant son assistance à une personne courant un danger vital ou sanitaire, ne suffit pas pour constituer une participation à l'exercice de l'autorité publique »⁹⁴. Elle considère que l'utilisation de gyrophare, de sirène et les droits de passage prioritaire qui démontrent la prépondérance accordée par le législateur national à la santé publique sur les règles de circulation routière ne participent pas de l'exercice de l'autorité publique ou d'un pouvoir de contrainte exorbitant du droit commun⁹⁵. N'est pas plus pertinent, la compétence d'organisation des services concernés.

En ce qui concerne la seconde exception tirée de l'article 106, § 2, TFUE, la Cour de justice le rejette au motif que la République fédérale d'Allemagne n'a pas suffisamment justifié le fait que le subventionnement croisé invoqué pour justifier l'organisation concrète des services soit compromis par l'obligation de procéder à une publication *a posteriori* (avis d'attribution), le litige ayant été progressivement réduit aux services non prioritaires.

16. Les marchés « mixtes » soit portant sur plusieurs prestations économiques, soit relevant de plusieurs directives

Les marchés peuvent porter à la fois sur des travaux, des fournitures et des services, ou une combinaison de deux de ces prestations⁹⁶. Il s'agit par exemple, d'un marché portant sur la conception, la réalisation de travaux et des services de maintenance ou d'un marché de livraison de fournitures avec des services de réparation.

Afin de déterminer les règles applicables, il s'impose d'estimer la valeur relative des travaux, des fournitures et des services, la prestation la plus importante du point de vue financier induisant le régime applicable. Du moins, cette solution a prévalu pour les marchés portant sur des fournitures et des services⁹⁷ et pour les marchés portant sur des services prioritaires et non prioritaires.

Lorsque le marché comporte à la fois des travaux et d'autres prestations, la Cour de justice a déjà estimé que le montant des travaux ne pouvait constituer le critère exclusif de qualification si l'objet principal du marché était autre et que les travaux étaient

⁹² Points 77 et 78 de l'arrêt C-160/08.

⁹³ Point 79 de l'arrêt C-160/08, renvoyant au point 58 des conclusions de l'avocat général.

⁹⁴ Point 80 de l'arrêt C-160/08.

⁹⁵ Points 81 et 82 de l'arrêt C-160/08.

⁹⁶ Article 3, 3°, al. 2 de la loi du 15 juin 2006; voy. également l'article 100 de la loi-programme du 8 avril 2003, *M.B.*, 17 avril 2003.

⁹⁷ Voy. not., C.J.C.E., 21 février 2008, C-412/04, point 47 ; C.J.C.E., 18 janvier 2007, C-220/05, *Rec.*, p. I-385, point 37 ; C.J.C.E., 18 novembre 1999, C-107/98, *Rec.*, p. I-8121, point 38 ; C.J.C.E., 19 avril 1994, C-331/92, point 29 ; C.J.C.E., 11 mai 2006, *Cabotermo*, C-340/04, *Rec.*, p. I-4137, point 31.

accessoires⁹⁸.

Les nouvelles directives sont plus précises et organisent un système détaillé de solutions dépendant du caractère séparable ou pas des prestations et de la question de savoir si les prestations relèvent toutes du champ d'application de la même directive (concession, secteur classique, secteurs spéciaux, secteurs de la défense nationale et de la sécurité).

Lorsque les prestations relèvent de la même directive, les règles applicables sont dictées par le type d'achat qui constitue l'objet principal⁹⁹, lorsque les marchés comportent des services sociaux (ou spécifiques) et d'autres services, l'objet principal est déterminé en fonction de la valeur la plus élevée des services¹⁰⁰.

Lorsque les prestations relèvent de directives différentes et que les prestations sont objectivement séparables, la directive la plus contraignante s'applique (soit celle des secteurs classiques)¹⁰¹, sauf si certaines prestations relèvent du secteur de la défense et de la sécurité¹⁰².

Si les prestations sont objectivement inséparables, le régime juridique est déterminé en fonction de l'objet principal¹⁰³

17. Les difficultés inhérentes aux marchés publics de travaux : les objets multiples

Les marchés publics peuvent, par définition, comporter des objets multiples décrits de manière fonctionnelle (conception, réalisation, maintenance) relevant de la pratique des contrats globaux bien connue en droit international et dans divers droits internes. Ils peuvent, en outre, comporter des objets mixtes comportant à la fois des travaux, des fournitures et des services. Enfin, ils peuvent comporter différentes formes de contrats, vente simple, vente conditionnée, vente à l'état futur d'achèvement, contrat d'entreprise, contrat d'échange, les qualifications en droit interne ne sont pas pertinentes en droit européen.

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

Si la démarche suivie par la Cour de justice a permis une extension inattendue, certains enseignements peuvent aujourd'hui être tirés de sa jurisprudence.

18. Les difficultés inhérentes aux marchés publics de travaux : l'extension inattendue

Cette conception extensive des marchés publics permet de régir des relations juridiques très diversifiées, et emporte sans doute parfois des conséquences inattendues. Ainsi, la Cour de justice a appliqué le droit dérivé des marchés publics lorsque des prestations économiques (réalisation de travaux) ont été accomplies par le titulaire d'une autorisation urbanistique au titre de charge d'urbanisme¹⁰⁴. Le titulaire de l'autorisation (promoteur) aurait dû

⁹⁸ C.J.C.E., 18 janvier 2007, Auroux, C-220/05, point 37 ; C.J.C.E., 21 février 2008, C-412/04, point 47.

⁹⁹ Article 3.2 de la directive 2014/14.

¹⁰⁰ Article 3.2., al.2 de la directive 2014/24.

¹⁰¹ Article 3.4. de la directive 2014/24; article 6 de la directive 2014/25.

¹⁰² Article 3.3. de la directive 2014/24, renvoyant à l'article 16 de la directive 2014/24.

¹⁰³ Article 3.6. de la directive 2014/24; article 5.5. de la directive 2014/25.

¹⁰⁴ C.J.C.E., 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti delle Province di Milano, C-399/98 (dite « La Scala »), *Rec.*, 2001, p. I-5409, concl. Ph. LÉGER ; sur cet arrêt, voy. L. RICHER, « Une définition communautaire du marché de travaux : un arrêt récent de la Cour de justice relatif à un projet d'urbanisme à Milan précise la notion de marchés de travaux », *A.C.C.P.*, n° 4,

comprendre qu'en se voyant imposer des charges d'urbanismes, il devenait « mandataire » de la collectivité publique (la ville de Milan), le choix des entrepreneurs qui allaient réaliser ces travaux devant se faire dans le respect du droit dérivé¹⁰⁵. Aussi surprenant que fût le raisonnement tenu par la Cour de justice, elle le reprendra plus tard¹⁰⁶ pour préciser la méthode d'estimation de ce type de marché en vue de déterminer si le seul de publicité européenne est atteint. C'est bien l'ensemble des ouvrages à réaliser qui doit être pris en compte.

19. Les difficultés inhérentes aux marchés publics de travaux : les marchés à objet mixte

Lorsqu'un marché public porte à la fois sur des travaux et des fournitures ou services, le critère à prendre en considération pour choisir les règles applicables à sa passation réside dans le critère de l'objet principal du contrat (et non la valeur respective des prestations, solution qui prévaut pour les marchés portant à la fois sur les services et les fournitures)¹⁰⁷.

La jurisprudence de la Cour de justice n'a pas varié sur ce point depuis l'arrêt *Gestión Hotelera Internacional*¹⁰⁸. Elle est suivie par la Commission européenne¹⁰⁹. Certes, le montant des prestations est un indice parmi d'autres pour déterminer l'objet principal du contrat, qui fera très souvent basculer le marché dans le régime de la passation des marchés de travaux. Mettre l'accent sur les travaux ou sur les services rendus par les travaux est affaire de sensibilités qui manifestement varient entre la *common law* et le système romano Germanique¹¹⁰.

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

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

Dans l'arrêt *Jean Auroux*¹¹¹, la Cour va retenir la qualification de *marché public de travaux* au motif que l'objet principal du contrat était la réalisation d'un ensemble de travaux débouchant sur la réalisation d'un ouvrage¹¹², un pôle de loisirs. Les éléments de services

octobre 2001, pp. 61-63 ; J.-M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT, « Chronique de droit communautaire », *A.J.D.A.*, 2001, p. 948 et s. : les auteurs font un rapprochement avec la solution retenue par le C.E. fr., 30 mai 1975 (Société d'équipement de la région montpelliéraine), *Rec.*, p. 326 ; *A.J.D.A.*, 1975, p. 345 et s., obs. M. DE FRANC et M. BOYON ; *Contrats et marchés publics 2001*, comm. 154, note F. LLORENS.

¹⁰⁵ Pour une critique de cette interprétation par trop créative, voy. A.L. DURVIAUX, déjà cité, spéc. pp. 54-58.

¹⁰⁶ C.J.C.E., 21 février 2008, Commission c. Italie, C-412/04, *A.J.D.A.*, 2008, p. 383.

¹⁰⁷ C.J.C.E., 21 février 2008, Commission c. Italie, C-412/04, *A.J.D.A.*, 2008, p. 383, arrêt rendu sous l'empire de la directive 93/37/CE, la solution valant sous l'empire de la directive 2004/18/CE.

¹⁰⁸ C.J.C.E., 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92.

¹⁰⁹ Une vente de terrains communaux à une personne privée avec une obligation de construire n'est pas un marché public de travaux lorsque le contrat ne comporte aucune exécution de travaux spécifiés préalablement par le pouvoir adjudicateur (*rép. QE parlementaire*, n° E-0951/2008). Par contre, l'achat d'un terrain par un pouvoir adjudicateur à un investisseur auquel il est demandé de réaliser sur celui-ci un ouvrage public de 7,4 M€ est un marché public de travaux car le principal objectif poursuivi par la personne publique (en l'occurrence un *Land* allemand) au travers de ce contrat est de disposer d'un bâtiment pour ses services fiscaux (avis motivé de la Commission en date du 19 mars 2009, cité in *Contrats publics*, mai 2009, n° 88, p. 9), mis en avant par E. FATOME, Ph. TERNEYRE, « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, Retour sur l'arrêt Jean Auroux », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1868.

¹¹⁰ Voy., A.L. DURVIAUX, « Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système », *op.cit.*, spéc. n° 99 à 110, pp. 116-124, sur les PFI au Royaume-Uni.

¹¹¹ C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux c. Commune de Roanne*, C-220/05, *B.J.C.P.*, 2007, n° 52, p. 184, concl. J. KOKOTT ; E. FATOME et L. RICHER, « La procédure de passation des concessions d'aménagement. Entre le décret du 31 juillet 2006, l'arrêt Auroux et le décret à venir », *A.J.D.A.*, 2007 p. 409 ; *R.D.P.*, 2007, p. 1329, note S. BRACONNIER ; *Contrats Marchés publ.*, 2007, comm. n° 38, W. ZIMMER et *chron.* n° 13, H. PAULIAT.

¹¹² L'ouvrage est défini par le droit dérivé comme un ensemble de travaux destinés à remplir une fonction économique et

prévus par la convention comme les acquisitions foncières, la recherche de fonds, l'organisation d'un concours d'architecture ainsi que la commercialisation des bâtiments apparaissent secondaires dans son raisonnement.

Dans l'arrêt *Commission c. Allemagne*¹¹³, la Cour de justice interprétera la mise en place de sociétés diverses, par la ville de Cologne, combinée avec un bail qui pourrait être qualifié en droit français de bail à construction¹¹⁴, comme un marché public dont l'objet était bien la réalisation de travaux. Les faits au demeurant ne lui donnent pas tort. La ville de Cologne avait mis en place une société commerciale, détenue majoritairement par elle et par le Land de Rhénanie-du-Nord-Westphalie, qui avait cédé à une société d'investissement un terrain lui appartenant en vue de la construction de quatre halls d'exposition. Parallèlement, la ville de Cologne avait conclu avec l'entreprise cessionnaire un bail portant sur la « location de terrains devant comporter quatre halls d'exposition ». En vertu de ce bail, la société d'investissement devait construire les quatre halls suivant les prescriptions définies par la ville dans le contrat. Elle devait ensuite lui accorder la jouissance du terrain et des bâtiments construits pour 30 ans moyennant un loyer mensuel. Un contrat de sous-location du terrain et de ses quatre halls d'exposition, a été conclu entre la ville de Cologne et la société initialement propriétaire desdits terrains. Avec ce contrat, la ville de Cologne cédait à la société la jouissance des bâtiments à construire et, par un autre contrat, donnait tout pouvoir à cette société pour exercer l'ensemble de ses droits et remplir l'ensemble de ses obligations à l'égard de la société d'investissement constructrice. Pourquoi faire simple lorsque l'on peut faire compliqué ? En tout cas, le montage contractuel complexe n'est pas en soi une manière d'échapper au droit dérivé des marchés publics, la Cour de justice a pu estimer dans celui imaginé par la ville de Cologne que l'objet principal de celui-ci était bien de réaliser des travaux définis par un pouvoir adjudicateur, la qualification de location ne rendant pas compte de l'opération¹¹⁵. Elle l'a souligné à d'autres occasions, en réprimant les « montages destinés à contourner les règles en matière de marchés publics »¹¹⁶.

Dans une affaire opposant des entreprises privées au Conseil national de la radiotélévision grecque au sujet de la cession d'action de la société de casino EKP (filiale d'une société publique détenue par l'État hellénique) comportant des volets travaux et services, la Cour de justice a fait application du critère de l'objet principal, pour estimer que la cession d'action l'emportait sur les prestations économiques accessoires dans le cas d'espèce. Elle conclut que « la cession d'actions dans le cadre d'une opération de privatisation d'une entreprise publique ne relève pas des directives marchés publics »¹¹⁷. Cependant, le contrat reste régi par les règles fondamentales et les principes généraux du Traité¹¹⁸.

20. Les marchés publics de promotion de travaux

En droit interne, le marché public de promotion de travaux constitue un exemple de marché à objet mixte puisqu'il porte sur le financement¹¹⁹ et l'exécution de travaux (la même formule existant pour les fournitures), ainsi que le cas échéant, l'étude de ceux-ci ou toute prestation de service relative à ceux-ci¹²⁰.

technique. L'appliquer à un « pôle urbain de loisirs » ne va pas de soi.

¹¹³ C.J.C.E., 29 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-536/07.

¹¹⁴ S. BRACONNIER, « Bail à construction et notion de marché public de travaux », *Revue de droit immobilier*, 2010, p. 149.

¹¹⁵ S. BRACONNIER, « Bail à construction et notion de marché public de travaux », *Revue de droit immobilier*, 2010, p. 149.

¹¹⁶ Point n° 48 de l'arrêt *Commission c. RFA* (C.J.C.E., 9 juin 2009, C-480/06, *A.J.D.A.*, 2009, p. 1535, *chron.* E. BROUSSY, F. DONNAT et C. LAMBERT).

¹¹⁷ Point 49 de l'arrêt C-145/08 et C-149/08.

¹¹⁸ Points 62 et 63 de l'arrêt C-145/08 et C-149/08.

¹¹⁹ En réalité, il porte plus sur le pré-financement que le financement proprement dit ; voy. en ce sens, S. DE COSTER, « De promotieovereenkomsten », in J. HERBOTS (dir.), *Overheidsopdrachten : een juridische en economische benadering*, Bruges, la Charte, 1997, p. 131.

¹²⁰ Article 9 de la loi du 24 décembre 1993 ; article 3, 11° de la loi du 15 juin 2006 (uniquement pour la définition des marchés publics de promotion de travaux).

21. La qualité du cocontractant est indifférente

Le cocontractant doit être un opérateur économique susceptible de réaliser les travaux par ses moyens propres ou par des moyens dont il dispose. En d'autres termes, il ne doit pas nécessairement être un entrepreneur. Aussi surprenant que cela puisse apparaître, cette précision reprise dans l'arrêt *Ordre des architectes de la province de Milan*¹²¹, n'est que l'application d'une jurisprudence ancienne, *Ballast Nedam I et II* et *Host Italia Spa*¹²², valant pour tous les marchés publics.

22. La notion d'ouvrage

La notion d'ouvrage constitue un élément de la définition des marchés de travaux qui vise à empêcher la *scission artificielle* des marchés. La scission est susceptible d'entraîner une diminution du montant du marché, qui pourrait alors échapper aux mesures de publicité européennes en dépit de l'*unité technique ou fonctionnelle* des prestations envisagées. Le calcul de la valeur du marché de travaux doit, dans cette perspective, tenir compte de la valeur totale de l'ouvrage. L'ouvrage est « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique et technique »¹²³. Si l'objectif poursuivi est aisément compréhensible, l'application de la notion suscite quelques difficultés et peut laisser l'observateur perplexe.

La notion d'ouvrage a été précisée, pour la première fois, par la Cour de justice à l'occasion de la procédure de passation de marchés lancée par le syndicat départemental d'électrification de la Vendée¹²⁴, en vue de l'attribution de travaux d'électrification et d'éclairage public. Dans cette affaire, la Commission européenne estimait que les marchés litigieux constituaient des lots d'un ouvrage unique, dont l'initiative revenait à un seul pouvoir adjudicateur, le Sydev, organisme regroupant, au niveau départemental, les différents syndicats intercommunaux d'électrification de la Vendée. Dans cette interprétation, les marchés auraient dû être soumis dans leur ensemble, et non pas seulement pour les six principaux d'entre eux, aux règles de la directive pertinente¹²⁵.

La Commission européenne reprochait dès lors aux autorités françaises la scission artificielle des lots en différents marchés et l'absence de publication communautaire pour les deux tiers des lots.

Lors de l'audience, la Commission a soutenu que la notion d'ouvrage devait s'interpréter en fonction du fait qu'un opérateur économique pouvait se porter candidat pour la réalisation de l'ensemble¹²⁶. La Commission européenne soutenait qu'une scission de l'ouvrage avait

¹²¹ C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Ordre des architectes de la province de Milan*, C-399/98, *B.J.C.P.*, 2001, n° 19, p. 475, concl. Ph. LEGER.

¹²² C.J.C.E., 14 avril 1994 *Ballast Nedam Groep c. État belge*, C-389/92, *Rec.*, I-1289, concl. Av. gén. W. VAN GERVEN ; C.J.C.E., 18 décembre 1997, *Ballast Nedam Groep c. État belge*, C-5/97, *Rec.*, I-7549, concl. Av. gén. A. LA PERGOLA ; C.J.C.E., 2 décembre 1999, *Host Italia Spa, Commune di Cagliari*, C-176/98, *Rec.*, I-8607 ; pour une critique de cette jurisprudence, voy. A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, *op. cit.*, spéc. n° 425, pp. 454-457.

¹²³ Article 2.7. de la Directive 2014/24; article 2.3 de la directive 2014/25; reprenant la même définition que celle figurant dans l'Article 1^{er} de la dir. 2004/18/CE ;

¹²⁴ C.J.C.E., 5 octobre 2000, *Commission européenne c. République française*, C-16/98, *Rec.*, 2000, p. I-8315 ; voy. les obs. de A. BROWN, *P.P.L.R.*, 2001, NA 24-26.

¹²⁵ Dir. 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.

¹²⁶ Cette interprétation nous semble difficile à mettre en pratique, dans la mesure où elle suppose une connaissance parfaite du marché par les *clients publics* et s'inscrit en contrariété avec d'autres objectifs, soutenus par ailleurs par la Commission européenne, comme la volonté de rendre les marchés publics accessibles aux petites et moyennes entreprises. Elle exprime trop brutalement le souci de ne prendre en considération que le point de vue des opérateurs économiques.

été opérée tant sur les plans techniques (distinction entre électrification et éclairage public) que géographique (marchés distincts pour chaque syndicat intercommunal).

La République française contestait l'infraction.

Elle faisait valoir que les marchés litigieux n'avaient pas été scindés artificiellement. Au contraire, ils avaient été effectivement conclus par chacun des syndicats d'électrification concernés du département de la Vendée et, de ce fait, le seuil de publication d'un avis au *Journal officiel des Communautés européennes* devait s'appliquer à chacun de ces marchés pris individuellement.

La Cour va préciser les critères au regard desquels doit être appréciée l'existence d'un ouvrage.

Selon elle, la définition communautaire implique que la notion d'ouvrage doit être appréciée par rapport aux **fonctions économique et technique du résultat des travaux concernés**. En l'espèce, il s'agissait de travaux ponctuels d'entretien et d'extension qui portaient sur des réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public existants, et dont le résultat, lorsqu'ils seraient achevés, ferait partie intégrante de la fonction remplie par les réseaux concernés. L'appréciation de l'existence d'un ouvrage devait dès lors se faire par rapport aux fonctions économique et technique que remplissent les réseaux de distribution d'électrification et d'éclairage public en question. La Cour précise de manière incidente que la pluralité des pouvoirs adjudicateurs et la possibilité de réalisation des travaux par une seule entreprise ne pouvaient remettre en cause les critères fonctionnels prévus par les directives, tout en admettant que ces données puissent valoir à titre d'indices¹²⁷. Cette interprétation serait conforme à l'objectif de la directive, qui est de « garantir¹²⁸ que des entreprises d'autres États membres seront en mesure de soumissionner des marchés ou des ensembles de marchés susceptibles de présenter un intérêt pour des raisons objectives tenant à leur valeur ».

Cependant, la Cour va admettre qu'il reste concevable que, pour des motifs de nature administrative ou autre, un programme de travaux tendant à la réalisation d'un ouvrage, au sens de la directive, puisse faire l'objet de plusieurs procédures, dont l'initiative revient à différents pouvoirs adjudicateurs¹²⁹. Dans ce cas, l'objectif de la directive ne serait pas atteint si son application était exclue, au motif que la valeur estimée de chaque partie de l'ouvrage est inférieure au seuil de 5.000.000 écus. L'information de la valeur de l'ensemble des lots qui constitue un ouvrage reste en effet utile aux entreprises pour ajuster leur prix, notamment¹³⁰.

Pouvait-on conclure à la scission artificielle entre les travaux d'électrification et ceux d'éclairage ?

La Cour va rejeter le motif de scission artificielle sur **le plan technique**, en soulignant qu'« un réseau de distribution d'électricité est, d'un point de vue technique, destiné à transporter l'électricité produite par un fournisseur au consommateur individuel final ; ce dernier est, sur

¹²⁷ Il est délicat de comprendre en quoi ces indices sont de nature à préciser la fonction économique et technique d'un ouvrage. La passation de marchés conjoints (soit ceux passés par plusieurs maîtres d'ouvrage), bien connue, énerve cette précision.

¹²⁸ L'expression *permettre* semble plus appropriée. En effet, si la finalité des directives *marchés publics* est énoncée clairement, la pertinence de l'outil fait l'objet de vives critiques, compte tenu des caractéristiques de certains marchés (voy. J.M. FERNÁNDEZ-MARTÍN, *The EC Public Procurement Rules : a critical analysis*, Oxford/New York, Oxford University Press/Clarendon Press, 1996).

¹²⁹ Toute autre position eut été impraticable pour les autorités des États membres.

¹³⁰ À nouveau, la précision est délicate à comprendre. Les informations relatives aux marchés qu'un pouvoir adjudicateur ou une entité visée par le droit dérivé envisage de passer dans une période donnée figurent dans les avis indicatifs. Par contre, l'ajustement des prix semble illusoire lorsqu'il y a plusieurs marchés, puisque, précisément, les opérateurs ne savent pas s'ils seront désignés adjudicataires de l'un ou de plusieurs marchés ou lots. Il semble délicat de prévoir la possibilité de formuler des offres de rabais, dans le cadre de procédures distinctes, en cas de réunion de plusieurs lots lorsque des pouvoirs adjudicateurs sont distincts, hypothèse que le droit communautaire n'envisage pas.

le plan économique, tenu de payer le fournisseur en fonction de sa consommation », tandis que « le réseau d'éclairage public est, d'un point de vue technique, destiné à éclairer des lieux publics en utilisant à cet effet l'énergie électrique que procure le réseau de distribution ». L'autorité qui assure l'éclairage public en supporte elle-même le coût, quitte à recouvrer, par la suite, les sommes exposées auprès de la population desservie sans moduler les montants exigés en fonction de l'utilité retirée par les personnes concernées.

Cette analyse permet à la Cour de conclure qu'un réseau de distribution d'électricité et un réseau d'éclairage public ont des fonctions économiques et techniques différentes.

Pouvait-on conclure à la scission artificielle des travaux d'électrification ?

La Cour va retenir le grief de la scission artificielle sur **le plan géographique**, mais uniquement pour les *travaux d'électrification*. La simultanéité de lancement des marchés litigieux, la similitude des avis de marché, l'unicité du cadre géographique à l'intérieur duquel ces marchés ont été lancés et la coordination assurée par le « Sydev », organisme regroupant les syndicats intercommunaux d'électrification au niveau départemental, plaident, selon la Cour, pour le regroupement desdits marchés à ce niveau. Au passage, elle abandonne la méthodologie qu'elle venait d'adopter pour concrétiser la notion d'ouvrage.

Elle refuse de prendre en considération, comme le suggéraient les autorités françaises, que les syndicats avaient la responsabilité des réseaux de distribution d'énergie électrique à basse tension à partir des transformateurs qui alimentaient en électricité les consommateurs situés sur le territoire de leur ressort, arguant du fait que les réseaux étaient interconnectables et qu'ils remplissaient une fonction économique et technique qui consistait en l'acheminement et la vente, aux consommateurs du département de la Vendée, de l'énergie électrique produite et fournie par l'Électricité de France. Pourtant, ces éléments semblaient pertinents dans le cadre d'une analyse des fonctions économique et technique des travaux.

Pouvait-on conclure à la scission artificielle des travaux réalisés sur le réseau d'éclairage ?

La Cour va retenir que les réseaux d'éclairage public du point de vue technique n'étaient pas nécessairement interdépendants, puisqu'ils pouvaient être limités aux zones bâties et que l'existence d'une interconnexion entre eux ne s'imposait pas. Au surplus, sur le plan économique, il était possible que les entités locales concernées supportent chacune la charge financière qui résultait de l'exploitation d'un tel réseau. La Cour va reprocher à la Commission de ne pas avoir invoqué d'éléments permettant d'établir que, des points de vue technique et économique, les réseaux d'éclairage public concernés revêtaient un caractère unitaire au niveau départemental.

La notion d'ouvrage donne une très grande latitude à la Cour de justice dans l'interprétation¹³¹.

23. Des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur

¹³¹ Pour un autre exemple sur la fonction économique, voy. C.J.C.E., 27 octobre 2005, Commission des Communautés européennes c. République italienne, C-187/04 et C-188/04, <http://europa.eu.int/cj> ; *J.O.U.E.*, C.36 du 11 février 2006, p. 11, dans ces deux arrêts, il s'agissait de déterminer si plusieurs tronçons d'autoroute faisant l'objet de plusieurs concessions de travaux devaient être considérées comme un seul ouvrage. La Cour conclut qu'il y avait en l'espèce une unité économique et que ceci était suffisant pour la qualification en tant qu'ouvrage. Il n'est donc pas requis qu'une fonction technique et une fonction économique soient réunies pour retenir la qualification d'« ouvrage » ; voy. encore C.J.C.E., 18 janvier 2007, Auroux, C-220/05, points 28-42, au sujet de la qualification d'un « contrat de développement » conclu entre la ville de Roanne et un promoteur immobilier (semi-public) ayant pour objet la réalisation de différents travaux (construction d'un pôle de loisir, avec acquisition de terrains, conception et recherche de financement, infrastructures diverses dont un parking public).

Cette dernière condition est la plus délicate à appliquer.

Elle exprime clairement que l'ouvrage ne doit pas répondre à des besoins **du** pouvoir adjudicateur. En d'autres termes, l'ouvrage ne doit pas nécessairement revenir dans le patrimoine du pouvoir adjudicateur ou être destiné à son usage. Elle implique également que la qualité de maître d'ouvrage n'est pas déterminante dans la qualification¹³².

Ceci étant dit, le droit dérivé ne précise pas comment ces besoins doivent être précisés ? Faut-il qu'il y ait une commande (pris dans son commun) du pouvoir adjudicateur¹³³ ? Exige-t-on une initiative du pouvoir adjudicateur ? Les besoins doivent-ils être précisés dans le contrat précisément ? Peuvent-ils l'être dans d'autres actes juridiques comme des autorisations unilatérales en matière d'urbanisme, d'aménagement du territoire ou d'implantations commerciales ? Si la concession de travaux est un marché public, comment concevoir le droit d'exploitation dans une opération immobilière ? Peut-on retenir la conception de l'exploitation admise par la Cour de justice en matière de TVA selon laquelle sont concernées « toutes les opérations [...] qui visent à retirer du bien en question des recettes ayant un caractère de permanence »¹³⁴, ce qui semble exclure la concession dans de nombreuses opérations immobilières lorsque les ouvrages sont vendus à des tiers qui vont les exploiter ou simplement en profiter ? Faut-il, au contraire, définir cette exigence de manière spécifique dans le droit dérivé des marchés publics ?

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

Quelles que soient les opinions doctrinales¹³⁵, force est de constater que la jurisprudence de la Cour de justice reste évasive sur certains de ces points.

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

Pour les ensembles immobiliers comportant des réalisations publiques et des réalisations privées, les réponses varient selon que l'on considère le critère relatif à l'objet principal du contrat ou l'approche globale de l'arrêt *Auroux*. Il est tout aussi délicat de proposer une réponse lorsqu'il existe plusieurs contrats distincts pour les réalisations publiques et les réalisations privées, dans le cadre d'une opération globale. Certains soutiennent que si le pouvoir adjudicateur ne définit pas le programme des réalisations privées, la qualification de marché public de travaux pourrait être écartée sur base du critère de l'objet principal¹³⁶. Si cette position semble raisonnable, elle reste audacieuse dans la mesure où la Cour de justice n'a jamais clairement posé comme exigence la définition d'un programme de construction, expression qui semble beaucoup plus restrictive que la « définition des besoins ».

¹³² C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux c. Commune de Roanne*, C-220/05.

¹³³ Voy. concl. O. LENZ sur C.J.C.E., 19 avril 2004, *Gestión Hotelera Internacional SA*, C-331/92 ; voy., par exemple, F. LLORENS, « Typologie des contrats de la commande publique », *Contrats Marchés publ.*, 2005, études 7 ; A. TASSONE, note sur CAA Bordeaux, 1 mars 2005, *MM. Carrière et Molinier* n° 01BX00788, *A.J.D.A.*, 2005, p.1197 ; P. PROOT, « Faut-il (ré)affirmer le critère de l'initiative dans le contrat des travaux ? », *A.C.C.P.*, décembre 2007, n° 72, p. 180.

¹³⁴ C.J.C.E., 20 juin 1991, *Polysar*, C-60/90, *Rec. C.J.C.E.* p. 3111 ; *D.* 1991. IR. 195.

¹³⁵ Certains n'hésitent pas à se livrer à des exercices de qualification très précis, voy., par exemple, au sujet des VEFA et simples opérations de vente en droit français, E. FATOME, Ph. TERNEYRE, « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, Retour sur l'arrêt Jean Auroux », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1868.

¹³⁶ E. FATOME, Ph. TERNEYRE, « À propos des règles de passation des contrats publics à objet à la fois immobilier et de travaux, Retour sur l'arrêt Jean Auroux », *A.J.D.A.*, 2009, p. 1868.

Ni la Commission européenne ni la Cour de justice ne semblaient percevoir le désarroi des praticiens et l'étendue des problèmes pratiques jusqu'à l'arrêt *Helmut Müller*¹³⁷. La pertinence des questions posées par le juge allemand est impressionnante. À cette occasion, un nouvel élément – il est sans doute trop tôt pour évoquer critère – est intervenu dans la qualification. Dans le prolongement de la jurisprudence Auroux, la Cour rappelle qu'il n'est pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur devienne propriétaire des ouvrages, mais encore faut-il qu'il y trouve « un intérêt économique certain », précision essentielle de l'arrêt¹³⁸. L'expression est en soi ambiguë dans le cadre de l'action publique. Cette dernière ne se mesure pas systématiquement à l'aune d'une évaluation économique, sauf à l'inclure dans l'intérêt général de toute construction sous prétexte qu'elle est susceptible de générer des recettes fiscales, ce qui emporte une réduction considérable de sa dynamique. L'avocat général a donné certaines pistes d'interprétation en identifiant trois hypothèses où l'intérêt économique certain est présent. La première, la plus évidente, est l'hypothèse dans laquelle le pouvoir adjudicateur devient propriétaire de l'ouvrage ou acquiert un droit relatif à ce dernier. La seconde est celle où le pouvoir adjudicateur participe à son financement à l'aide de ressources publiques ou en mettant à disposition gratuitement ou à prix réduit des terrains. La troisième est l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur prend l'initiative en suscitant la réalisation des travaux ou de l'ouvrage, sachant qu'alors, l'exercice d'une compétence urbanistique ne suffit pas, cette précision valant également lorsqu'il s'agit de déterminer les besoins auxquels doit répondre l'ouvrage. La Cour précise que le contrat doit alors comporter, dans le chef de l'opérateur économique, une obligation de réaliser les travaux dont la violation est susceptible d'être sanctionnée par des juridictions – ce qui nous semble inhérent à la notion d'obligation juridique.

Certains voient dans cet arrêt une halte à l'extension incontrôlée du champ d'application de la directive dans son volet travaux¹³⁹ et s'empressent d'appliquer cette solution à divers cas d'espèce pour conclure que l'exigence du caractère onéreux impliquerait qu'une vente de terrain où le pouvoir adjudicateur encaisserait simplement le prix normal de la vente en dépit de la circonstance que le critère matériel serait présent (soit un projet conçu par le pouvoir adjudicateur ou un appel à projets lancé par le pouvoir adjudicateur). À notre sens, cette analyse ne peut être suivie, car elle omet une précision constante apportée par la C.J.U.E., la contrepartie peut provenir de tiers. Partant, la réalisation des travaux destinés à être vendus à des tiers ou exploités au bénéfice de tiers implique une rétribution précise soit sous la forme d'un prix de vente, soit sous la forme d'une location.

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

Il n'est dès lors pas certain que les solutions retenues par le Conseil d'État dans certains arrêts datant du début des années 90¹⁴⁰ puissent être aujourd'hui considérées comme compatibles

¹³⁷ C.J.U.E, 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, *Contrats et marchés publics*, 2010, n° 5, comm.164, note ZIMMER.

¹³⁸ F. LORRENS et P. SOLER-COUTEAUX, « La vente de terrains, la concession de travaux publics et le marchés dde travaux : la vision de la C.J.U.E. (à propos de l'arrêt *Helmut Müller*) », *Contrats et marchés publics*, 2010, n° 5, repère 5.

¹³⁹ F. LORRENS et P. SOLER-COUTEAUX, « La vente de terrains, la concession de travaux publics et le marchés dde travaux : la vision de la C.J.U.E. (à propos de l'arrêt *Helmut Müller*) », *Contrats et marchés publics*, 2010, n° 5, repère 5.

¹⁴⁰ Not. C.E., n° 48.082 du 21 juin 1994, *Seaport Terminals* ; C.E., n° 41.878 du 2 février 1993, *Seaport Terminals* ; pour un commentaire des arrêts *Seaport Terminals* : S. VAN GARSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*,

avec cette extension considérable de l'objet des marchés publics de travaux. En effet, préciser les besoins de l'ouvrage n'implique pas nécessairement de fixer les conditions précises pour la réalisation de celui-ci, pas plus qu'il ne suppose que les besoins soient ceux du pouvoir adjudicateur, deux éléments sur lesquels se fondait le Conseil d'État pour exclure la qualification de marché public de travaux.

Le transfert des travaux ou de l'ouvrage dans le patrimoine¹⁴¹ du pouvoir adjudicateur¹⁴² largement critiqué par la doctrine¹⁴³ n'est pas en soi déterminant. L'ouvrage ne doit pas nécessairement être en lien des besoins d'intérêt général¹⁴⁴. Enfin, l'usage par le pouvoir adjudicateur des travaux ou de l'ouvrage¹⁴⁵ ne constitue pas un critère déterminant de qualification.

24. Des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur : vente à l'état futur d'achèvement

Dans le cadre d'un litige donnant lieu à de nombreuses procédures juridictionnelles, qui s'est noué entre la Comune du Bari et l'entreprise Pizzarotti depuis 2003 dans le cadre d'un projet de construction d'une nouvelle citée judiciaire, s'est posée la question de savoir si un contrat de location portant sur un bien immobilier en état futur d'achèvement répond à la définition de marché public de travaux¹⁴⁶.

La réponse positive était très prévisible dans le contexte factuel dont a été saisie la Cour. Celle-ci a rappelé sa jurisprudence constante sur le caractère autonome de la notion de marché public de travaux relevant du droit de l'Union. Cette notion ne dépend pas de la qualification interne de contrat de location¹⁴⁷. Lorsque l'opération est complexe, il importe de se référer au critère de l'objet principal du contrat¹⁴⁸. Dans la mesure où le contrat a été proposé par l'entreprise à la Commune alors que le bâtiment n'existait pas, que le bâtiment est censé répondre aux exigences posées par la Cour d'appel de Bari, l'administration vérifiant avant réception, la conformité de l'ouvrage à ces exigences reprenant les

Bruges, la Charte, 2006, pp. 353-355.

¹⁴¹ La Cour de justice l'a mis très tôt en évidence pour les marchés de fournitures, dans une formulation qui induisait un enseignement pour les autres marchés (de travaux et de services), C.J.C.E., 26 avril 1994, Commission Européenne c. république Italie, C-272/91, *Rec.*, 1994, p. I-1409, mis en avant dans notre thèse, A.L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché publics en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 1996, spéc. n° 90, p. 110.

¹⁴² *Contra*, à tort, M.-A. FLAMME et Ph. FLAMME, « La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics : révolution ou européanisation », *J.T.*, 1994, p. 390 ; certaines décisions se fondent erronément sur ce paramètre, Bruxelles, 21 juin 1988, *J.T.*, 1989, p. 26 (« il n'y a marché que si la prestation qui en fait l'objet est destinée à demeurer dans le patrimoine ou la jouissance de la personne publique ») ; C.E., n° 41.374 du 15 décembre 1992, NV Pieters De Gelder ; C.E., n° 84.721 du 18 janvier 2000, BD Invest (dans lequel le Conseil a considéré la circonstance selon laquelle le parking – que l'acheteur d'un bien immobilier devait réaliser à titre de charge – n'était pas destiné au patrimoine du pouvoir adjudicateur, comme un élément en défaveur de la qualification de marché public de travaux, avec d'autres éléments).

¹⁴³ D. D'HOOGE, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, Bruges, la Charte, 1997, 181 ; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2006, p. 341 ; J. VERMANDER, *Overheidsopdrachten in de klassieke sectoren*, Bruxelles, Communauté flamande, 1997, p. 24 ; comp. D. D'HOOGE et F. VANDENDRIESSCHE, *Publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2003, p. 87 et 92.

¹⁴⁴ C.J.C.E., 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., C-44/96, point 32.

¹⁴⁵ Conclusions de l'Av. gén. KOKKOT précédant l'arrêt Auroux, C-220/05, point 42 ; les marchés publics de logement social l'illustre parfaitement (D. BATSELE e.a., *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 31). La possibilité qu'un ouvrage soit réalisé au profit de tiers est expressément prévue en matière de contrats de promotion de travaux (article 14 de l'A.R. du 26 septembre 1996).

¹⁴⁶ C.J.U.E., 10 juillet 2014, aff. C-213/13, Impresa Pizzarotti, ECLI:EU:C:2014:2067, avec concl. Av. gén. N. WAHL ; W. Zimmer, La notion de marché public de travaux, *Contrats et marchés publics*, 2014, n°10, pp.26-28 ; *Contrats Publics*, 2014, n°148, pp.10-12 ; S. Smith, Impresa Pizzarotti v Comune di Bari (Case C-213/12) : Is a contract for the Leasing of a Building which has not yet been Built a Works Contracts, and must a National Court Revisit a Ruling which has led to a Situation which is Incompatible with E.U. Procurement Legislation ? P.P.L.R., 2014, NA 171-175

¹⁴⁷ CJUE, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt 40 renoyant à l'arrêt Commission/Allemagne, C-536/07, EU:C:2009:664, pt 54 et jurisprudence citée.

¹⁴⁸ CJUE, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt 41 renoyant aux arrêts Auroux e.a., C-220/05, EU:C:2007:31, pt 37 ; Commission/Italie, C-412/04, EU:C:2008:102, pt 47, et Commission/Allemagne, EU:C:2009:664, pt 57.

caractéristiques techniques et technologiques de l'ouvrage en fonction d'un ensemble de données relatives aux activités juridictionnelles de l'arrondissement de Bari, des besoins spécifiques de chaque juridiction, en ce compris la capacité d'accueil des parcs de stationnement, il y a lieu de considérer que l'ouvrage répond bien à des besoins déterminés par le pouvoir adjudicateur¹⁴⁹ ou à tout le moins, sur lequel, le pouvoir adjudicateur a exercé une influence déterminante lors de sa conception¹⁵⁰.

25. Des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur : contrat d'aménagement du territoire

Si l'arrêt *Helmut Müller*¹⁵¹ a fait progresser la compréhension du concept de marché public de travaux en droit européen de manière mesurée en posant une limite claire et raisonnable à l'extension du concept de marché public de travaux, l'exercice d'une compétence de régulation en matière d'urbanisme ne suffit pas à remplir la condition de la précision du besoin auquel doit répondre l'ouvrage, la nouvelle clé de lecture de l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur ne pouvait régler toutes les difficultés de qualification.

La législation régionale de Valence en matière d'urbanisme et d'aménagement du territoire dans son volet relatif aux « programmes d'actions intégrées » (dans la suite PAI), est au cœur de cette affaire qui soulève à nouveau la délicate question de qualification de marché public de travaux dans le cadre d'une procédure en manquement à l'encontre de l'Espagne. Il lui est reproché de ne pas avoir soumis les marchés passés dans le cadre d'une réglementation urbanistique au régime des directives 92/50 et 2004/18.

Ces opérations conduites soit par des pouvoirs publics (gestion directe avec des fonds publics), soit par l'intermédiaire d'un promoteur privé (gestion indirecte au moyen de fonds privés) permettent de rattacher des terrains viabilisés aux réseaux d'infrastructures existants. La Commission européenne estime que l'attribution « en gestion indirecte » selon la législation régionale serait incompatible avec les exigences de publicité prévue par la directive relative aux marchés publics.

Appliquant pour la première fois la jurisprudence *Helmut Müller*¹⁵², l'avocat général estime qu'il ne s'agit pas d'un marché public de travaux. Si les contrats sont bien écrits et conclus entre des pouvoirs adjudicateurs (collectivités territoriales) et des opérateurs économiques (promoteurs), il estime qu'ils ne sont pas conclus à titre onéreux. La jurisprudence *Helmut Müller* implique en effet, pour que le caractère onéreux soit présent, que le pouvoir adjudicateur ait un « intérêt pécuniaire » aux travaux ou aux services, soit directement (en les finançant par des fonds publics), soit indirectement (en retirant un bénéfice économique). L'avocat général estime que la condition n'est pas remplie puisque c'est une personne privée qui finance le projet dans l'hypothèse de PAI en gestion indirecte¹⁵³. Curieusement, l'avocat général ne prend pas en considération la seconde branche de l'alternative de la jurisprudence *Müller*, l'intérêt pécuniaire indirect, qui semblait pourtant bien rempli en l'espèce, puisque la collectivité fait l'économie de ces investissements.

L'avocat général estime que lesdits contrats ne sont pas plus des concessions de travaux publics¹⁵⁴ en raison de la circonstance que le promoteur n'a pas le « droit d'exploiter l'ouvrage », les ouvrages publics revenant, au terme de l'opération, aux pouvoirs publics.

¹⁴⁹ CJUE, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt 43 renvoyant à l'arrêt *Commission/Allemagne*, EU:C:2009:664, pt 55.

¹⁵⁰ CJUE, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt 44 renvoyant à l'arrêt *Helmut Müller*, C-451/08, EU:C:2010:168, pt 67.

¹⁵¹ C.J.U.E., 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, *Rec.*, p. I-02673 ; *Contrats et marchés publics*, 2010, n° 5, comm.164, note ZIMMER.

¹⁵² Voy. note précédente.

¹⁵³ Points 67 à 91 des conclusions (C-306/08).

¹⁵⁴ Points 92 à 98 des conclusions (C-306/08).

L'avocat général exclut de prendre en considération la rémunération des propriétaires des terrains ou la cession de ces terrains par ces mêmes propriétaires au promoteur - de manière tautologique - en précisant pour cette dernière hypothèse que le promoteur exploiterait les terrains en qualité de propriétaire et non en qualité de concessionnaire¹⁵⁵.

La Cour ne suit pas le même schéma d'analyse que celui de l'avocat général. Elle rappelle que la notion de « marchés publics de travaux » (au sens de l'article 1^{er}, sous a), de la directive 93/37 et de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18) vise les contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un ou plusieurs opérateurs économiques et, d'autre part, un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à l'une des activités visées à l'annexe II de la directive 93/37 et à l'annexe I de la directive 2004/18 ou d'un ouvrage défini à l'article 1^{er}, sous c), de la directive 93/37 et à l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, selon la Cour, il résulte du seizième considérant de la directive 92/50 et du dixième considérant de la directive 2004/18, lus en combinaison avec respectivement l'article 1^{er}, sous a), de la directive 93/37 et l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous b), de la directive 2004/18, qu'un contrat ne peut être considéré comme un « marché public de travaux » que si son objet répond à la définition donnée au point qui précède. Des travaux qui sont accessoires et ne forment pas l'objet du contrat ne peuvent justifier la classification de celui-ci comme marché public de travaux.

La Cour rappelle que lorsqu'un contrat contient à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux ainsi que des éléments ayant trait à un autre type de marché, c'est **l'objet principal** du contrat qui détermine quel corps de règles de l'Union relatives à des marchés publics trouve en principe à s'appliquer¹⁵⁶. Cette détermination doit avoir lieu au regard des obligations essentielles qui prévalent et qui, comme telles, caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat¹⁵⁷.

La Commission européenne s'est bornée à affirmer que l'objet principal du PAI était un ouvrage, et partant que la qualification de marché public de travaux devait être retenue. Le Royaume d'Espagne a réfuté cette présentation en mettant l'accent sur les services qui étaient prestés par la personne en charge de l'urbanisation, plaidant pour la qualification de concession de service.

La Cour estime que la Commission n'a pas rapporté la preuve de ses allégations ni réfuté celles de l'État membre. Elle considère qu'il n'est, nullement établi que les travaux (raccordement et intégration des terrains concernés aux réseaux d'infrastructures, d'énergie, de communication et de services publics existants) constituent l'objet principal du contrat conclu entre la collectivité et « la personne en charge de l'urbanisation » dans le cadre d'un PAI en gestion indirecte. En effet, la réalisation du PAI par « la personne en charge de l'urbanisation » comprend des activités qui ne peuvent être qualifiées de « travaux », à savoir l'élaboration du plan de développement, la proposition et la gestion du projet de remembrement correspondant, l'obtention, au profit de l'administration et à titre gratuit, des terrains destinés au domaine public et au patrimoine foncier public de la collectivité, la gestion de la transformation juridique des terrains concernés ou encore la réalisation du partage équitable des coûts et des bénéfices entre les intéressés ainsi que les opérations de financement et de garantie du coût des investissements, des travaux, des installations et des

¹⁵⁵ Point 94 des conclusions (C-306/08).

¹⁵⁶ C.J.C.E., 18 janvier 2007, Auroux c. Commune de Roanne, C-220/05, *Rec.*, p. I-385, point 37 ; *A.J.D.A.*, 2007, p. 409, note E. FATÔME et L. RICHER ; *A.J.D.A.*, 2007, p. 1124, chron. M. BELORGEY, S. GERVASONI et C. LAMBERT ; *R.D.I.*, 2007, p. 150, obs. J.-D. DREYFUS ; *R.T.D. eur.*, 2009, p. 511, chron. A.-L. SIBONY et A. DEFOSSEZ.

¹⁵⁷ C.J.C.E., 21 février 2008, Commission c. Italie, C-412/04, *Rec.*, p. I-619, point 49.

compensations nécessaires à l'exécution du PAI. Tel est également le cas lorsque «la personne en charge de l'urbanisation» doit organiser le concours public destiné à désigner l'entrepreneur (constructeur) auquel est confiée l'exécution des travaux d'urbanisation.

(2) Le(s) contrepartie(s)

26. Le caractère onéreux : contreparties diverses

Le prix payé par la personne qui commande la prestation est considéré dans certains ordres juridiques comme le critère d'identification du marché public¹⁵⁸. En évoquant le caractère onéreux de la relation contractuelle sans préciser le débiteur de la contrepartie ni l'origine des ressources servant au paiement de la prestation, le droit européen des marchés publics entendait imprimer au concept, une portée nécessairement plus large, englobant, sous l'angle théorique, les contrats de concession. La solution différenciée pour les concessions de travaux et les concessions de services en terme de régime de passation n'énerve pas cette analyse du point de vue théorique.

Il ne pouvait en aller autrement dans le droit dérivé que dans le droit primaire. Les contrats publics doivent être à titre onéreux : l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ex art. 87 du Traité CE) vise en effet les services entendus comme des «*prestations fournies normalement contre rémunération*». La Cour de justice a indiqué que cette rémunération pouvait ne découler qu'indirectement de la prestation fournie¹⁵⁹ et ne devait pas être nécessairement payée par le bénéficiaire de la prestation¹⁶⁰.

En définitive, l'appréhension de la «rémunération» par le droit primaire rejoint celle de la «contrepartie» en droit dérivé des marchés publics, où le bénéficiaire final de la prestation n'est pas nécessairement celui qui verse (directement) la contrepartie.

Il est, par contre, imprudent de se référer à une disposition de droit interne (article 1106 du Code civil) pour comprendre le caractère onéreux du marché public¹⁶¹, en vertu du principe

158 En droit français, voy. notamment concl. C. BERGEAL, sous C.E. fr., 7 avril 1999, Commune de Guilhaud 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. Lebon*, 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 C.G.C.). 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*, 2e éd., Bruxelles, 1954, 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).

159 C.J.C.E., 5 octobre 1988, Steymann, C-196/87, *Rec.*, 1988, p. 6159.

160 C.J.C.E., 26 avril 1988, Bond van Adverteerders, C-352/85, *Rec.*, p. 2085, point 16 ; C.J.C.E., 11 avril 2000, Deliège, C-51/96, *Rec.*, p. I-2529, point 56 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, Smits et Peerbooms, C-157/99, *Rec.*, p. I-5473, point 57 ; C.J.C.E., 26 juin 2003, Skandia et Ramstedt, C-422/01, *Rec.*, p. I-6817, point 24 ; C.J.C.E., 11 septembre 2007, Commission c. Allemagne, C-318/05, *Rec.*, p. I-06957, point 70.

161 *Contra*, C. DUBOIS et I. VAN KRUCHTEN, « La notion de titre onéreux - Essai d'analyse du parent pauvre de la définition du marché public », in C. DE KONINCK e.a. (dir.), *Chronique des marchés publics 2009-2010*, Brussel, EBP, 2010, p. 231 ; M.A. FLAMME, Ph. MATHEI, Ph. FLAMME, Cl. DARDENNE et A. DELVAUX, *Commentaire pratique de la réglementation sur les*

de l'interprétation autonome du droit européen. Dès lors, c'est au départ de la jurisprudence de la Cour de justice que cet élément doit être étudié.

Toutefois, l'idée que la contrepartie peut prendre des formes diverses n'est pas étrangère en droit interne. La Commission fédérale des marchés publics est arrivée à des conclusions analogues avec une idée de poste négatif dans un métré d'une convention, qualifiée de marché public, consistant à faire réaliser des travaux de rehaussement d'un terrain appartenant au domaine public au moyen de décombres et de terre provenant de démolitions et de terrassements effectués dans le cadre d'autres contrats¹⁶².

Le Conseil d'État s'est également prononcé en ce sens¹⁶³, dans le cadre d'un marché de dépannage et d'entreposage de véhicule moyennant le paiement par les propriétaires du véhicule (et non par le pouvoir adjudicateur). Les tribunaux judiciaires ayant à leur tour indiqué que l'ensemble des avantages consentis en plus de l'éventuelle rémunération par le pouvoir adjudicateur devait être pris en considération pour déterminer le prix¹⁶⁴.

L'appréciation du caractère onéreux d'une relation n'est pas chose aisée. Dans le cadre d'un litige concernant l'attribution d'un contrat ayant pour objet l'organisation d'un événement estival passé par l'administration communale de la ville de Bruges, le Conseil d'État a conclu à l'absence de marché public de services en l'absence du caractère onéreux¹⁶⁵ alors que le prestataire bénéficiait pourtant d'une mise à disposition gratuite de la portion de plage concernée, d'un soutien logistique de la commune et d'une assistance dans l'obtention des autorisations requises – tous éléments fournis par la Ville de Bruges et ayant indéniablement une valeur économique ...

27. La réduction d'une charge

La Cour de justice a déjà considéré que la contrepartie acquittée par le pouvoir adjudicateur pouvait prendre la forme de la réduction d'une charge d'urbanisme ou d'une imposition qui serait due si la contrepartie (les travaux, en l'espèce) n'était pas réalisée¹⁶⁶.

Dans cette hypothèse, il n'y a pas de paiement d'un prix par le pouvoir adjudicateur, le caractère onéreux de la relation pouvoir adjudicateur/lotisseur prenant la forme d'une exécution en nature de travaux par le lotisseur. Certes, la figure du *mandat* permet de retrouver le paiement d'un prix — celui versé par le lotisseur à l'entrepreneur qui réalise les travaux prévus au titre de charges d'urbanisme —, mais au prix d'une construction très artificielle.

Faut-il en déduire que le caractère onéreux englobe autre chose que le paiement d'un prix par la personne qui commande la prestation ou la renonciation à percevoir une somme ?

La mise à disposition gratuite d'un terrain, en vue de la réalisation de logements au bénéfice de tiers identifiés dans un cahier spécial des charges, opération qui n'entraîne pas dans le chef du pouvoir adjudicateur le paiement d'un prix, puisque ce sont les tiers qui sont censés acquérir ces logements, est-elle visée en tant que *relation onéreuse* ?

En l'absence de définition précise des fonctions juridiques des uns et des autres dans une

marchés publics, T. 1A, CNC, 1996, n° 22, p. 82, note 73 ; P. THIEL, *Memento des marchés publics 2012*, Bruxelles, Kluwer, 2011, n° 358, p. 521 ; F. VANDENDRIESSCHE et Ph. DE KEYSER, « Toepassingsgebied van de wetgeving overheidsopdrachten », in D. D'HOOGHE (dir.), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, la Chartre, 2009, n° 243, p. 164. Voy. également C.E., n° 66.080 du 25 avril 1997, N.V. Belgian Oil Services.

¹⁶² Circ. du 17 décembre 1990, avis rendus par la Commission des marchés publics, M.M., 28 décembre 1990.

¹⁶³ C.E., n° 51.107 du 11 janvier 1995, Hainaut S.A. ; C.E., n° 66.080 du 25 avril 1997.

¹⁶⁴ Civ. Bruxelles (réf.), 18 novembre 2008, inédit, cité par P. THIEL, *Memento des marchés publics*, 2013, spéc. p. 537.

¹⁶⁵ C.E. (12e ch.), n° 212.659 du 14 avril 2011, N.V. Medina Factor.

¹⁶⁶ C.J.C.E., 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lode, C-399/98.

relation juridique qui fait l'objet de l'exercice de qualification, la conception large du caractère onéreux de la relation consensuelle nous semble devoir être retenue.

28. L'exigence d'intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur

La Cour de justice a jugé que « le « caractère onéreux du contrat implique que le pouvoir adjudicateur ayant conclu un marché public de travaux reçoive en vertu de celui-ci une **prestation** moyennant une **contrepartie**. Une telle prestation, en raison de sa nature ainsi que du système et des objectifs [du droit dérivé des marchés publics], doit comporter un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur »¹⁶⁷.

La contrepartie peut être autre chose que le versement d'un prix et peut englober, en définitive, n'importe quel avantage susceptible d'une évaluation économique¹⁶⁸, en ce compris, une prestation économique.

29. L'absence d'équivalence

La Cour de justice a également jugé qu'un contrat pouvait être à titre onéreux, même si la « contrepartie » « reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu »¹⁶⁹. Dans une telle hypothèse, la prestation fournie au pouvoir adjudicateur et la contrepartie versée à l'opérateur économique sont donc de valeurs strictement équivalentes ; un bénéfice dans le chef du second n'est donc pas requis. À ce jour, la Cour de justice n'a cependant pas précisé si la contrepartie doit toujours être au moins équivalente à la valeur du service presté¹⁷⁰.

Il paraît cependant prudent de considérer que l'équivalence des prestations n'est pas indispensable pour conclure à l'existence d'un contrat à titre onéreux au sens du droit dérivé des marchés publics, pour plusieurs motifs.

Le premier motif est la tendance de la jurisprudence de la Cour de justice est d'adopter une interprétation extensive du champ d'application du droit dérivé des marchés publics. Or, exiger une équivalence entre la prestation de l'opérateur économique et la contrepartie versée par le pouvoir adjudicateur ferait échapper des contrats à ce champ d'application.

Le second motif réside dans le choix des mots, le « contrat à titre onéreux » n'implique pas nécessairement une idée d'équivalence entre les prestations/contreparties réciproques¹⁷¹.

¹⁶⁷ C.J.U.E., 25 mars 2010, Helmut Müller GmbH, C-451/08, *Rec.*, p. I-02673, points 48 et 49. Voy. également : C.J.C.E., 18 janvier 2007, Auroux e.a., C-220/05, *Rec.*, 2007, p. I-385, point 45 ; C.J.C.E., 12 juillet 2001, Ordine degli Architetti e.a., C-399/98, *Rec.*, 2001, p. I-5409, point 77.

¹⁶⁸ En ce sens : Commission européenne, Livre vert du 30 avril 2004 sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2004) 327 final, p. 6, point 10 (« le caractère onéreux du contrat en cause n'implique pas obligatoirement le versement direct d'un prix par le partenaire public, mais peut découler de toute autre forme de contreprestation économique reçue par le partenaire privé ») ; Conclusions de l'Avocat général TRSTENJAK précédant C.J.U.E., 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a., C-159/11, non encore publié au recueil, point 32 (« il est légitime de soutenir que seule une interprétation large de la notion de « caractère onéreux » est à la mesure de la finalité des directives en matière de marchés publics, qui est d'ouvrir les marchés en vue de garantir une concurrence réelle. C'est ainsi seulement qu'il est possible de garantir l'efficacité pratique de ces directives et d'empêcher que le droit des marchés publics ne soit contourné, par exemple en convenant d'autres formes de rétribution, qui ne permettent pas de reconnaître l'intention lucrative au premier regard, sous la forme de troc, ou de renonciation entre les parties à des créances réciproques »).

¹⁶⁹ C.J.U.E., 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a., C-159/11, point 29.

¹⁷⁰ L'Avocat général TRSTENJAK nous semble elle-même hésiter. Dans ses conclusions précédant C.J.U.E., 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce e.a., C-159/11, non encore publié au recueil, elle énonce au point 33 : « il doit suffire que le prestataire de services rentre dans ses frais en étant remboursé pour les coûts exposés » (ce qui laisse entendre qu'une équivalence est requise) mais elle indique ensuite que « Même de simples indemnisations doivent être comprises dans la notion de caractère onéreux » (ce qui est plus flou, l'indemnisation pouvant ne pas couvrir la totalité des frais exposés).

¹⁷¹ Le droit civil belge « classique » le démontre, puisqu'il considère qu'il y a contrat à titre onéreux dès qu'il y a prestations

Le troisième motif est qu'en droit primaire, le caractère onéreux d'une prestation de service est uniquement lié à l'existence d'une contrepartie, sans que celle-ci doive être équivalente à la valeur de la prestation.

Pour finir, si la Cour de justice devait admettre qu'un contrat n'est à titre onéreux que s'il y a équivalence entre la prestation de l'opérateur économique et la contrepartie versée par le pouvoir adjudicateur, elle devra déterminer à quelles conditions une telle équivalence peut être admise. Or, celle-ci peut s'apprécier à l'aune de plusieurs méthodes¹⁷². Afin d'éviter de s'engager dans un débat complexe, la Cour de Justice pourrait donc renoncer à lier le caractère onéreux à l'équivalence des prestations réciproques.

30. Le transfert significatif du risque d'exploitation : la spécificité de la concession

Le droit européen des marchés publics distingue la « concession » du « marché public » en ce que, dans la première, la rémunération « *consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage [ou le service], soit dans ce droit assorti d'un prix* »¹⁷³. La contrepartie versée par le pouvoir adjudicateur au concessionnaire consiste autrement dit – en tout ou en partie – en un *droit d'exploiter le fruit de la prestation*. Le concessionnaire est alors – en tout ou en partie – payé par les tiers qui utilisent l'ouvrage ou bénéficient du service (voire de la fourniture¹⁷⁴).

La rémunération globale du concessionnaire (droit d'exploiter l'ouvrage ou le service + le prix éventuel) ne doit pas être au moins équivalente à la valeur de l'ouvrage construit ou du service presté pour la même raison, en droit primaire, l'existence d'une rémunération suffit pour que le régime de la libre circulation trouve à s'appliquer ; aucune équivalence n'est requise¹⁷⁵.

réciproques et même si ces prestations ne sont pas équivalentes. Voy. art. 1106 du Code civil et les références doctrinales citées (dont H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, II, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1964, n° 473 C, p. 465 ; *ibidem*, VIII, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, n° 6, pp. 10-13), in A.L. DURVIAUX et Th. DELVAUX, « De quelques aspects juridiques du mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics », *J.T.*, 2011, n° 7, p. 431, note de bas de page n° 18. Influencés par l'admission en droit civil belge du caractère gratuit de la donation avec charge - gratuité précisément retenue eu égard à l'absence d'équivalence entre l'objet de la donation et la ou les charges associés à celle-ci -, certains auteurs proposent une définition de la notion de contrat à titre onéreux (en droit civil) qui s'écarte de cette doctrine « classique » et du libellé de l'art. 1106 du Code civil (A.L. DURVIAUX et Th. DELVAUX, *op. cit.*, *J.T.*, 2011, n° 7, p. 430-431).

¹⁷² S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2006, n° 116-134, pp. 187-214, citée in A.L. DURVIAUX et Th. DELVAUX, « De quelques aspects juridiques du mécénat d'entreprise en faveur des pouvoirs publics », *J.T.*, 2011, n° 7, p. 431.

¹⁷³ Art. 1.3 et 1.4 de la directive 2004/18/CE : « La «concession de travaux» [ou de services] est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux [ou de services], à l'exception du fait que la contrepartie des travaux [ou des services] consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage [ou le service], soit dans ce droit assorti d'un prix » ; art. 5 et 24 de la Loi du 24 décembre 1993 ; art. 3, 1^o à 4^o et 12^o de la loi du 15 juin 2006. Pour des applications, C.J.C.E., 10 septembre 2009, WAZV Gotha c. Eurawasser, C-206/08, *Rec.*, p. I-8377, point 57 ; C.J.U.E., 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, *Rec.*, p. I-01335, point 25.

¹⁷⁴ La concession de fournitures n'est pas envisagée par le droit dérivé des marchés publics, mais elle se conçoit notamment en matière d'électricité. Celle-ci est en effet généralement considérée comme une fourniture plutôt que comme un service (C.J.C.E., 4 décembre 2003, EVN AG et Wienstrom GmbH c. Autriche, C-448/01, *Rec.*, p. I-14527 (la qualification de marché de fourniture émanait en l'espèce de la juridiction nationale, mais elle n'a pas été remise en cause par la Cour) ; W. VANDORPE, D. HAVERBEKE, J. DEBIEVRE et W. NEVEN, « De gezamenlijke aankoop van energie door en voor overheden », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP, 2009, n° 19, p. 864). En droit matériel européen, l'électricité est d'ailleurs considérée comme une marchandise - et non comme un service (C.J.C.E., 15 juillet 1964, Costa c. Enel, C-6/64, *Rec.*, p. 1141 ; C.J.C.E., 27 avril 1994, Commune d'Almelo, C-393/92, *Rec.*, p. I-01477 ; C.J.C.E., 23 octobre 1997, Commission c. Italie, C-158/94, p. I-05789, cités par M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2002, p. 108. *Adde* : C.J.C.E., 17 juillet 2008, Essent Netwerk Noord BV, C-206/06, *Rec.*, 2008, p. I-05497). Le régime de la concession de fournitures est analogue à celui de la concession de services (Note 24 de la Communication interprétative du 29 avril 2000 de la Commission sur les concessions en droit communautaire, *J.O.C.E.*, 29 avril 2000, C 121, ; S. VAN GARSSE, *De concessie in het raam van de publiek-private samenwerking*, Bruges, la Charte, 2007, n° 785-786, pp. 417-419 et les références ; *Ibid.*, « Knelpunten inzake concessies », in *Chronique des marchés publics 2008-2009*, Bruxelles, EBP, 2009, n° 6, p. 648).

¹⁷⁵ Aucune équivalence n'est requise ... mais une rémunération trop réduite n'est plus une rémunération: C.J.C.E.,

La Cour de justice ajoute une autre caractéristique à la concession¹⁷⁶ : le pouvoir adjudicateur doit transférer au concessionnaire le *risque d'exploitation économique* dans son « intégralité » ou dans une « part significative »¹⁷⁷.

Ce risque doit être compris « comme le risque d'exposition aux aléas du marché (...), lequel peut se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service. En revanche, des risques tels que ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique ne sont pas déterminants aux fins de qualifier un contrat de marché public ou de concession de services, de tels risques étant, en effet, inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services »¹⁷⁸.

Si la Cour de justice a confirmé le critère déterminant du transfert significatif du risque d'exploitation dégagé dans son arrêt *Eurawasser*¹⁷⁹, pour distinguer une concession de service d'un marché public de service dans la directive 2004/18 et dans la directive 2008/17, l'identification concrète d'une concession de service public reste problématique pour les acteurs, ce qui résulte clairement de l'existence persistante d'un contentieux¹⁸⁰.

Dans la première affaire, la question préjudicielle portant sur la distinction entre la notion de marchés de services et la notion de concession de services se pose dans le cadre d'un litige opposant l'«entreprise Stadler» à un «groupement communal de Passau», en Bavière, au sujet de la passation de contrats de prestation de services dans le domaine des services de secours. L'entreprise Stadler a fourni des prestations de services de secours pour le groupement communal de Passau, en Bavière, jusqu'au 31 décembre 2008, date de la résiliation des contrats les liant. L'entreprise éconduite a entendu contester devant les juridictions nationales à la fois la décision de résiliation et son remplacement par une autre

27 septembre 1988, Humbel, C-263/86, *Rec.*, p. 5365, points 17-18 ; C.J.C.E., 7 décembre 1993, Wirth, C-109/92, *Rec.*, p. I-06447, points 15-17 ; C.J.C.E., 11 septembre 2007, Schwarz, C-76/05, *Rec.*, p. I-06849, points 37-41 ; C.J.C.E., 11 septembre 2007, Commission c. Allemagne, C-318/05, *Rec.*, p. I-06957, points 65-72 ; C.J.U.E., 20 mai 2010, Zanotti, C-56/09, *Rec.*, p. I-4517, points 30-33 (les cours dispensés par des établissements d'enseignement publics financés « pour l'essentiel » ou « entièrement ou principalement » par l'État ne constituent pas un service fourni contre rémunération, en dépit des droits d'inscription payés par les étudiants ou par leurs parents) ; C. BARNARD, *The substantive law of the EU - The four freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2007, p. 362-363, qui se réfère notamment à C.J.C.E., 18 décembre 2007, Hans-Dieter Jundt e.a., C-281/06, *Rec.*, p. I-12231 (« le facteur déterminant faisant relever une activité du champ d'application des dispositions du traité relatives à la libre prestation de services est son caractère économique, à savoir que l'activité ne doit pas être exercée sans contrepartie. En revanche, contrairement à ce que semble estimer la juridiction de renvoi, il n'est pas nécessaire, à cet égard, que le prestataire poursuive le but de réaliser un bénéfice ») ; M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2^e éd., 2002, p. 164, qui écrit qu'il « suffit que la rémunération soit réelle et effective, sans être marginale ni accessoire ».

¹⁷⁶ Voir notamment : C.J.C.E., 27 octobre 2005, Contse e.a., C-234/03, *Rec.*, p. I-9315, point 22 ; C.J.C.E., 18 juillet 2007, Commission c. Italie, C-382/05, *Rec.*, p. I-6657, points 35 à 37 ; C.J.C.E., 13 novembre 2008, Commission c. Italie, C-437/07, points 30 et 32 à 35 ; C.J.C.E., 10 septembre 2009, WAZV Gotha c. Eurawasser, C-206/08, *Rec.*, p. I-8377, points 59 et 68 ; C.J.U.E., 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, *Rec.*, p. I-01335, point 26.

¹⁷⁷ Les arrêts cités à la note précédente, et spéc. : C.J.U.E., 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, *Rec.*, p. I-01335, points 29 et s.

¹⁷⁸ C.J.U.E., 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, *Rec.*, p. I-01335, points 37-38, qui renvoie à C.J.C.E., 10 septembre 2009, WAZV Gotha c. Eurawasser, C-206/08, *Rec.*, p. I-8377, points 66-67 ; C.J.C.E., 27 octobre 2005, Contse e.a., C-234/03, *Rec.*, p. I-9315, point 22 ; C.J.C.E., 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07, *Rec.*, p. I-4779, point 74.

¹⁷⁹ C.J.C.E., 10 sept. 2009, Eurawasser, C-206/08, *Rec.*, I-8377 ; *A.J.D.A.*, 2010, 162, note D.-A. CAMOUS ; *A.J.D.A.*, 2009, 2285, chron. M. AUBERT, E. BROUSSY et F. DONNAT.

¹⁸⁰ C.J.U.E., 10 mars 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c. Passau, C-274/09 ; M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, « Chronique de jurisprudence de la CJUE », *A.J.D.A.*, 2011, p. 1007 ; L. CLEMENT-WILZ, F. MARTUCCI, C. MAYEUR-CARPENTIER, « Chronique de droit de l'Union européenne », *R.F.D.A.*, 2012, p. 1225 ; *A.J.C.T.*, 2011, p. 358, obs. S. HUL ; C.J.U.E., 10 novembre 2011, Norma-A SIA et Dekom SIA c. Latgales plānošanas reģions, C-348/10, av. concl. Av. gén. M. PEDRO CRUZ VILLALON ; *A.J.C.T.*, 2012, p. 42, J.D. DREYFUS.

entreprise choisie à titre temporaire d'abord puis à titre définitif.

Sur le territoire de Passau, les contrats relatifs à la fourniture de services de secours à la population sont conclus sous la forme dite «du modèle de concession», entre un pouvoir adjudicateur, le groupement communal de Passau, et un prestataire de services. Le montant des droits d'utilisation prévu pour cette prestation de services de secours est convenu entre l'organisme de sécurité sociale et le prestataire de services retenu. Aux termes de la loi bavaroise, les droits d'utilisation doivent être calculés sur la base des coûts pouvant être estimés en vertu des principes de gestion des entreprises et correspondant à un service correct, à une gestion rationnelle et économe ainsi qu'à une organisation efficace du service. Les coûts prévisionnels convenus sont couverts par les droits perçus au titre des secours d'urgence, du transport des patients accompagnés d'un médecin et du transport de malades. En cas de divergence entre l'organisme de sécurité sociale et le prestataire sur le montant des droits, une instance d'arbitrage peut être saisie, dont les décisions peuvent être contestées devant les juridictions administratives. Le prestataire de services retenu perçoit ses droits auprès d'un bureau central de règlement, qui est désigné par le Ministère de l'Intérieur bavarois. Ce bureau – auquel le prestataire de services est légalement tenu de recourir – transfère au prestataire une rémunération sous forme d'acomptes, hebdomadaires ou mensuels, sur la base d'une rémunération globale annuelle calculée à l'avance indépendamment du nombre d'interventions réellement effectuées. Si un découvert apparaît en fin d'année, il fera l'objet des négociations qui se tiendront au cours des années ultérieures. Les personnes assurées à titre privé et les personnes non assurées, qui, selon la juridiction de renvoi, représentent 10% des débiteurs, doivent payer le même droit d'utilisation que les personnes assurées à titre obligatoire.

En Allemagne, il existe un mode alternatif de prestation de services de secours, celui dit «de soumission». Dans certains Länder, le pouvoir adjudicateur en charge des services de secours rémunère directement les prestataires de services. Les services publics en charge des secours conviennent de cette rémunération dans le cadre de négociations menées avec les organismes de sécurité sociale et la versent ensuite aux prestataires de services de secours. Ce modèle a déjà été qualifié par des juridictions allemandes de marché de services.

La Cour de justice va rappeler sa jurisprudence selon laquelle la question de savoir si une opération doit être qualifiée ou non de concession de services ou de marché public de services doit s'apprécier exclusivement à l'aune du droit de l'Union (point 23). La différence entre un marché public de services et une concession de services réside dans la contrepartie de la prestation de services (point 24).

Le marché de services comporte une contrepartie qui, sans pour autant être la seule, est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services¹⁸¹, alors que, dans le cas d'une concession de services, la contrepartie de la prestation de services consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix¹⁸².

Dans le cas d'un contrat portant sur des services, la circonstance que le cocontractant n'est pas directement rémunéré par le pouvoir adjudicateur, mais qu'il est en droit de percevoir une rémunération auprès de tiers répond à l'exigence d'une contrepartie, prévue à l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la directive 2004/18 (point 25).

Si le mode de rémunération est, ainsi, l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services, il ressort, en outre, de la jurisprudence que la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le **risque lié à l'exploitation des services** en question et que l'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation

¹⁸¹ Voy., en ce sens : C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, *Rec.*, p. I-8585, point 39 ; C.J.C.E., 21 février 2008, *Commission c. Italie*, C-412/04, *Rec.*, p. I-619, points 33 et 40.

¹⁸² Voy., en ce sens : C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Eurawasser*, C-206/08, *Rec.*, p. I-8377, point 51. Voy. également la directive 2004/18, art. 1.4.

des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services (point 26).

Lorsque la rémunération du prestataire provient exclusivement de tiers, le transfert par le pouvoir adjudicateur d'un risque d'exploitation «très limité» suffit pour que l'on puisse conclure à l'existence d'une concession de services (point 33). Le risque d'exploitation économique du service est lié aux aléas du marché¹⁸³ : risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, risque d'une absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service (point 37).

En revanche, des risques tels que ceux liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique ne sont pas déterminants, de tels risques étant, en effet, inhérents à tout contrat, que celui-ci corresponde à un marché public de services ou à une concession de services (point 38).

Dans le cas d'espèce, la Cour retient que lorsque la rémunération de l'opérateur économique retenu est intégralement assurée par des personnes distinctes du pouvoir adjudicateur ayant attribué le contrat portant sur des services de secours et que cet opérateur économique encourt un risque d'exploitation, fût-il très limité, en raison, notamment, du fait que le montant des droits d'utilisation des services en cause dépend du résultat de négociations annuelles avec des tiers et qu'il n'est pas assuré d'une couverture intégrale des coûts exposés dans le cadre d'une gestion de ses activités conforme aux principes énoncés par le droit national, ledit contrat doit être qualifié de contrat de « concession de services », au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la directive 2004/18 (point 48).

Dans une seconde affaire rendue dans le cadre de l'exploitation d'une ligne de transport par autobus en Lettonie (secteurs spéciaux), la Cour reprend les précisions sur le risque lié à l'exploitation et souligne que dans le cas d'espèce d'une part, en application des clauses contractuelles, le donneur d'ordres compense, dans la mesure des fonds affectés au budget de l'État, les pertes liées à la fourniture des services de transport, engendrées par cette fourniture, ainsi que les frais connexes, une fois déduites les recettes d'exploitation des services de transport, et d'autre part, le prestataire est, en application de la loi, indemnisé des pertes liées à l'exécution du marché en ce qui concerne la partie des coûts inévitables liés à l'exécution du marché public de transport qui excède les recettes, les coûts générés par l'application des tarifs fixés par le donneur d'ordres, la perte de recettes due au fait que le donneur d'ordres a imposé des réductions tarifaires à l'égard de différentes catégories de passagers, et les dépenses engendrées par le respect des normes qualitatives imposées alors que la fourniture du service a déjà commencé, dès lors que ces normes entraînent des dépenses supplémentaires par rapport aux conditions de qualité préalablement exigées. Enfin, la loi lettone prévoit également le versement à l'adjudicataire d'un montant à titre de bénéfices, qui est fixé en multipliant les recettes par un pourcentage de bénéfice calculé en ajoutant 2,5% au taux moyen du marché interbancaire européen (Euribor) pendant les douze mois de l'année de référence. Dans ces conditions, la Cour estime qu'il ne peut être question de transfert du risque d'exploitation.

31. Consolidation du critère du transfert du risque d'exploitation

Le 20^e considérant de la directive 2014/23 nous semble confirmer cette jurisprudence en précisant que : « Un risque d'exploitation devrait trouver son origine dans des facteurs sur

¹⁸³ C.J.C.E., 10 septembre 2009, Eurawasser, précité, points 66 et 67.

lesquels les parties n'ont aucun contrôle. Les risques liés à une mauvaise gestion, à un manquement de l'opérateur économique aux obligations contractuelles ou à des cas de force majeure ne sont pas déterminants aux fins de la qualification en tant que concession, ces risques étant inhérents à tous les contrats, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'une concession. Un risque d'exploitation devrait être considéré comme étant le risque d'exposition aux aléas du marché, qui peut être soit un risque lié à la demande, soit un risque lié à l'offre, soit un risque lié à la demande et à l'offre. Le risque lié à la demande désigne le risque portant sur la demande effective pour les travaux ou services qui font l'objet du contrat. Le risque lié à l'offre désigne le risque portant sur la fourniture des travaux ou services qui font l'objet du contrat, en particulier le risque que la fourniture des services ne corresponde pas à la demande. Aux fins de l'évaluation du risque d'exploitation, la valeur actuelle nette de tous les investissements, coûts et recettes du concessionnaire devrait être prise en compte de manière homogène et uniforme ».

II. Les modes de passation

A. Les distinctions structurantes : le choix des participants et le choix des offres

32. *Pas de changement dans les distinctions structurantes, adaptées à la marge.*

Le choix des participants en application de critères de sélection qualitative avec la possibilité de réduire le nombre des candidats, des offres et des solutions et l'attribution du marché en application des critères restent les deux étapes fondamentales des procédures de passation¹⁸⁴.

Première nouveauté marginale, l'exigence d'une offre conforme est introduite¹⁸⁵. Elle doit être remise par un soumissionnaire qui n'est pas exclu¹⁸⁶ et qui répond aux **critères de sélection**, qui peuvent avoir trait à l'aptitude à exercer une activité professionnelle, à la capacité économique et financière et aux capacités techniques et professionnelles¹⁸⁷ fixées par le pouvoir adjudicateur et le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires permettant de réduire le nombre des candidats¹⁸⁸. La possibilité de recourir aux capacités d'autres entités est préservée¹⁸⁹.

Seconde nouveauté marginale, dans le cadre de **procédures ouvertes**, les pouvoirs adjudicateurs peuvent décider d'examiner les offres avant de vérifier l'absence de motifs d'exclusion et le respect des critères de sélection¹⁹⁰. Présentée comme un élément de simplification, qui peut être interdit ou modalisé par les États membres, la vérification doit s'effectuer de manière « impartiale et transparente, afin qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu en vertu de l'article 57 ou qui ne remplit pas les critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur »¹⁹¹.

Les États membres devraient être attentifs aux deux considérations suivantes pour prendre

¹⁸⁴ Article 56 de la directive 2014/24/UE, la section 3 intitulée "Choix des participants et attribution du marché" du chapitre III relatif au déroulement de la procédure, le signifie avec concision; article 76 et la section 3 du chapitre III de la directive 2014/15.

¹⁸⁵ Article 56.1 a) de la directive 2014/24/UE, article 86.5 de la directive 2014/25. La faculté de réduire le nombre de candidats est encadrée par l'article 65 de la directive 2014/24/UE. La même faculté est prévue par l'article 76.1.c de la directive 2014/25.

¹⁸⁶ L'article 57 de la directive 2014/24/UE énonce les motifs d'exclusion.

¹⁸⁷ L'article 58 de la directive 2014/24/UE précise que les critères de sélection.

¹⁸⁸ Article 56.1 b) de la directive 2014/24/UE.

¹⁸⁹ Article 63 de la directive 2014/24/UE ; article 79 de la directive 2014/25.

¹⁹⁰ Article 56.2 de la directive 2014/24/UE; article 76.7 de la directive 2014/25.

¹⁹¹ Article 56.2 de la directive 2014/24/UE.

position. D'une part, cette vérification *a posteriori* peut se révéler délicate dans le cadre d'un appel d'offres multicritères pondérés, lorsque le premier classé ne répond pas aux exigences relatives à la sélection qualitative. En effet, dans cette hypothèse, faut-il simplement prendre le second mieux classé après cette exclusion ou faut-il au contraire, recommencer la comparaison des offres pour réattribuer les points sans tenir compte de l'offre exclue ? Il semble raisonnable de choisir la seconde solution, car la première rendrait commode la remise d'offres « carte de visite » de nature à fausser la mise en compétition. Cependant, force est de constater alors que la simplification est réduite à néant. D'autre part, dans le cadre d'une attribution au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus basse, l'exclusion *a posteriori* a une conséquence indirecte si l'exclusion est contestée en justice : l'existence de la comparaison et le classement renforcent la position de l'entreprise qui se prétend injustement exclue dans le cadre d'un contentieux devant une instance juridictionnelle soit dans le cadre de demande d'injonction (l'ultime injonction résidant dans l'octroi du marché) soit dans le cadre d'une demande en dommages et intérêts. Si l'on s'en tient à une méthode classique, l'exclusion intervenant avant la comparaison des offres, la discussion qui se noue devant une instance juridictionnelle ne peut déboucher que sur une suspension de la décision d'attribution qui oblige le pouvoir adjudicateur à corriger celle-ci ou à une discussion liée à une indemnisation de la perte de chance, plus délicate lorsqu'elle repose sur une spéculation en terme de comparaison des offres.

33. Une nouveauté : l'encadrement de la préparation du marché et la prévention des conflits d'intérêts.

Désormais, les États membres doivent veiller à ce que les pouvoirs adjudicateurs prennent des mesures appropriées permettant de prévenir, détecter et de corriger de manière efficace les **conflits d'intérêts** survenant lors des procédures de passation, afin d'éviter toute distorsion de concurrence et d'assurer l'égalité de traitement entre tous les opérateurs économiques¹⁹². Le conflit d'intérêts est défini très largement et renvoie à la préservation de l'apparence d'impartialité et d'indépendance des fonctionnaires dans le cadre des procédures de passation. Il vise « toute situation dans laquelle des membres du personnel du pouvoir adjudicateur ou d'un prestataire de services de passation de marché agissant au nom du pouvoir adjudicateur qui participent au déroulement de la procédure ou sont susceptibles d'en influencer l'issue ont, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou un autre intérêt personnel qui pourrait être perçu comme compromettant leur impartialité ou leur indépendance dans le cadre de la procédure de passation de marché »¹⁹³.

Parallèlement, les conditions posées pour effectuer une **consultation préalable du marché** sont apportées afin de rendre possible l'établissement de documents du marché et la proactivité des services d'achat et d'investissement des pouvoirs adjudicateurs¹⁹⁴. Le droit invite désormais les États membres à prendre des mesures appropriées pour encadrer la participation préalable des candidats ou des soumissionnaires à la préparation, conçue dans un sens large, du marché¹⁹⁵. Ces dispositions complètent les dispositifs relatifs aux spécifications techniques¹⁹⁶, des labels¹⁹⁷, des rapports d'essai, certification et autres moyens de preuve¹⁹⁸, les variantes¹⁹⁹.

¹⁹² Article 24, alinéa 1 de la directive 2014/24/UE; article 42 de la directive 2014/25.

¹⁹³ Article 24, alinéa 2 de la directive 2014/24/UE; article 42 al. 2 de la directive 2014/25.

¹⁹⁴ Article 40 de la directive 2014/24/UE; article 58 de la directive 2014/25.

¹⁹⁵ Article 41 de la directive 2014/24/UE; article 59 de la directive 2014/25.

¹⁹⁶ Article 42 de la directive 2014/24/UE; article 60 de la directive 2014/25.

¹⁹⁷ Article 43 de la directive 2014/24/UE; article 61 de la directive 2014/25.

¹⁹⁸ Article 44 de la directive 2014/24/UE; article 62 de la directive 2014/25.

¹⁹⁹ Article 45 de la directive 2014/24/UE; article 64 de la directive 2014/25.

(a) Le choix des participants

34. Les différentes catégories de motifs d'exclusion.

Dans les secteurs spéciaux, l'approche est plus souple puisque d'une part, « les entités adjudicatrices peuvent établir des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des soumissionnaires ou candidats; ces règles et critères sont à la disposition des opérateurs économiques intéressés »²⁰⁰, sans être tenues par des catégories particulières et d'autre part, elles peuvent plus simplement réduire le nombre de candidats²⁰¹.

Dans le cadre de la directive secteur classique, la liste des motifs d'exclusion s'est considérablement allongée et comporte plusieurs catégories.

La **première catégorie** comporte les motifs d'exclusion obligatoires déterminés par la directive. Ils concernent la corruption, l'organisation criminelle ou des faits de terrorisme, de travail des enfants ou de traite des êtres humains et la fraude aux intérêts financiers des Communautés européennes²⁰², l'obligation d'exclure un opérateur économique est également prévue « lorsque la personne condamnée par jugement définitif est un membre de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance dudit opérateur économique ou détient un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein »²⁰³. Les États membres peuvent cependant prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire, à titre exceptionnel, pour « des raisons impératives relevant de l'intérêt public tel que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement »²⁰⁴.

La **seconde catégorie**, déterminée également par la directive, est relative aux manquements aux **obligations en matière de paiement d'impôts, taxes et de cotisations de sécurité sociale**. Elle est précisée dans ses modalités pratiques²⁰⁵ : l'exclusion est automatique lorsque le manquement est « établi par une décision judiciaire ayant force de chose jugée ou une décision administrative ayant un effet contraignant, conformément aux dispositions légales du pays dans lequel il est établi ou à celles de l'État membre du pouvoir adjudicateur »; l'exclusion est facultative (sauf disposition contraire prise par les États membres) si « le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a manqué à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale ». Il existe plusieurs situations dans lesquelles cette exclusion ne peut avoir lieu. Premièrement, « l'opérateur économique a rempli ses obligations en payant ou en concluant un accord contraignant en vue de payer les impôts et taxes ou cotisations de sécurité sociale dues, y compris, le cas échéant, tout intérêt échu ou les éventuelles amendes ». Deuxièmement, les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire lorsqu'elle « serait manifestement disproportionnée, en particulier lorsque seuls des montants minimes d'impôts, de taxes ou de cotisations de sécurité sociale sont impayés ou lorsque l'opérateur économique a été informé du montant exact dû à la suite du manquement à ses obligations relatives au paiement d'impôts et taxes ou de cotisations de sécurité sociale à un moment où il n'avait pas la possibilité de prendre les mesures prévues au paragraphe 2, troisième alinéa, avant l'expiration du délai de présentation de la demande de participation ou, dans le cadre de procédures ouvertes, du délai de présentation de l'offre ». Enfin, les États membres peuvent prévoir une dérogation à l'exclusion obligatoire, à titre exceptionnel, pour « des raisons impératives relevant de l'intérêt

²⁰⁰ Article 78 de la directive 2014/25.

²⁰¹ Article 78.2 de la directive 2014/25.

²⁰² Article 57.1 de la directive 2014/24/UE.

²⁰³ Article 57.1 *in fine* de la directive 2014/24/UE.

²⁰⁴ Article 57.3. de la directive 2014/24/UE.

²⁰⁵ Article 57.2 de la directive 2014/24/UE.

public tel que des raisons liées à la santé publique ou à la protection de l'environnement »²⁰⁶.

La **troisième catégorie**, la plus longue, comporte les motifs d'exclusions que les États membres peuvent considérer comme obligatoires ou facultatifs. Elle comporte plusieurs nouveaux motifs et certains ajustements des motifs repris dans le droit antérieur. Ces motifs sont : « a) lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations applicables visées à l'article 18, paragraphe 2; b) l'opérateur économique est en état de faillite ou fait l'objet d'une procédure d'insolvabilité ou de liquidation, ses biens sont administrés par un liquidateur ou sont placés sous administration judiciaire, il a conclu un concordat préventif, il se trouve en état de cessation d'activités, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans les législations et réglementations nationales; c) le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que l'opérateur économique a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité; d) le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que l'opérateur économique a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence; e) il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 24 par d'autres mesures moins intrusives; f) il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des opérateurs économiques à la préparation de la procédure de passation de marché, visée à l'article 41, par d'autres mesures moins intrusives; g) des défaillances importantes ou persistantes de l'opérateur économique ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec une entité adjudicatrice ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à la résiliation dudit marché ou de la concession, à des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable; h) l'opérateur économique s'est rendu coupable de fausses déclarations en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 59; ou i) l'opérateur économique a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation de marché, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

Nonobstant le premier alinéa, point b), les États membres peuvent exiger ou prévoir la possibilité que le pouvoir adjudicateur n'exclue pas un opérateur économique qui se trouve dans l'un des cas visés audit point lorsque le pouvoir adjudicateur a établi que l'opérateur économique en question sera en mesure d'exécuter le marché, compte tenu des règles et des mesures nationales applicables en matière de continuation des activités dans le cadre des situations visées au point b ».

Les motifs d'exclusion sont susceptibles d'être appliqués pendant toute la durée de la procédure de passation²⁰⁷ et désormais, l'opérateur économique a le droit de se mettre « en ordre »²⁰⁸ et de « fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné n'est pas exclu de la procédure de passation de marché ». Par exemple, l'opérateur économique prouve qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute ». Ces mesures doivent être évaluées par le pouvoir adjudicateur « en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation

²⁰⁶ Article 57.3. de la directive 2014/24/UE.

²⁰⁷ Article 57.5 de la directive 2014/24/UE.

²⁰⁸ Article 5.6 de la directive 2014/24/UE.

de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique ». Cette mise en ordre est exclue lorsque l'opérateur « a été exclu par un jugement définitif de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent paragraphe pendant la période d'exclusion fixée par ledit jugement dans les États membres où le jugement produit ses effets ».

35. Les critères de sélection qualitative²⁰⁹.

La formulation de critère de sélection est conçue très soupagement dans le cadre de la directive secteurs spéciaux²¹⁰.

Dans le cadre de la directive secteur classique, les modalités sont plus contraignante.

Les critères de sélection visent l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, la capacité économique et financière et capacités techniques et professionnelles. Ces trois critères sont fixés par la directive et les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent en imposer d'autres. Les conditions imposées pour remplir ces critères doivent être liées et proportionnées à l'objet du marché. Sur les principes, la directive 2014/24/UE n'innove pas, elle précise des détails et assouplit les modalités d'application.

Ainsi, en ce qui concerne **l'aptitude à exercer l'activité professionnelle**, les pouvoirs adjudicateurs peuvent toujours imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce de leur État membre d'établissement. L'annexe 11 énonce la liste de ces derniers. Si les prestataires de services ont besoin d'une autorisation spécifique ou d'être membres d'une organisation pour pouvoir prêter dans leur pays d'origine, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou leur appartenance à l'organisation.

La **capacité économique et financière** peut être démontrée de différentes manières : exigence de chiffres d'affaires annuels dans le secteur concerné par le marché, exigences de ratios tirés des comptes annuels pour autant que la méthode et les critères d'analyse soient transparents, objectifs et...non discriminatoires, couverture appropriée par une assurance relative aux risques professionnels. Les exigences peuvent être ajustées en cas de marché à lot pour chaque lot, ou en matière de chiffres d'affaires par groupe de lots. La directive introduit une limite souple à l'exigence du chiffre d'affaires à titre de mesure de soutien aux PME.

Les **capacités techniques et professionnelles** visent les ressources humaines et techniques, ainsi que l'expérience qui sont nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié. Le niveau d'expérience suffisant peut être démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement. Le texte précise désormais qu'« un pouvoir adjudicateur peut considérer qu'un opérateur économique ne possède pas les capacités professionnelles requises lorsqu'il a établi que l'opérateur économique se trouve dans une situation de conflit d'intérêts qui pourrait avoir une incidence négative sur l'exécution du marché ». Dans les procédures de passation de marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation, de services ou de travaux, la capacité professionnelle des opérateurs économiques à fournir les services ou à exécuter l'installation ou les travaux peut être évaluée en vertu de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.

Enfin, les conditions de participation requises sous forme de capacités minimales et de

²⁰⁹ Article 58 de la directive 2014/24/UE.

²¹⁰ Article 78.1. de la directive 2014/15.

moyens de preuve acceptables²¹¹ sont indiquées par les pouvoirs adjudicateurs dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt.

Plus fondamentalement et à nouveau en vue de faciliter l'accès des PME aux marchés publics, la directive envisage la mise en place d'un document unique de marché européen susceptible cependant d'intéresser toutes les entreprises.

36. Le recours aux capacités d'autres entités²¹².

Le principe de la possibilité d'avoir recours aux capacités d'autres entités est préservé, « quelle que soit la nature juridique des liens qui l'unissent à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 58, paragraphe 3, et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés à l'article 58, paragraphe 4 ». Par contre, en ce qui concerne les critères relatifs aux titres d'études et professionnels visés à l'annexe 12, partie II, point f) ou à l'expérience professionnelle pertinente, « les opérateurs économiques ne peuvent toutefois avoir recours aux capacités d'autres entités que lorsque ces dernières exécuteront les travaux ou fourniront les services pour lesquels ces capacités sont requises. Si un opérateur économique souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, par exemple, en produisant l'engagement de ces entités à cet effet ». Désormais, la directive prévoit également la vérification des critères de sélection et des motifs d'exclusions dans le chef de ces entreprises tierces, ainsi que la possibilité d'exiger un engagement solidaire pour la bonne exécution du marché lorsque les capacités d'autres entités concernent la capacité économique et financière. Pour finir, la directive prévoit enfin la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'exiger pour les marchés de travaux, les marchés de services et les travaux de pose ou d'installation dans le cadre d'un marché de fournitures, « que certaines tâches essentielles soient effectuées directement par le soumissionnaire lui-même ou, si l'offre est soumise par un groupement d'opérateurs économiques (...) ou par un participant dudit groupement ».

(b) Le choix des offres

37. Les critères d'attribution.

Les directives de 2004 étaient construites autour de trois idées simples et controversées : la distinction entre les critères de sélection qualitative et les critères d'attribution du marché, l'alternative de l'attribution du marché sur base du critère unique du prix ou sur base de différents critères en principe pondéré, et enfin, l'impossibilité d'insérer du « social » au stade des critères d'attribution, celui-ci devant se limiter à des conditions d'exécution du marché.

Quatre évolutions significatives sont à souligner.

Premièrement, le principe semble devenir l'attribution du marché à « l'offre économiquement la plus avantageuse » du point de vue du pouvoir adjudicateur, celle-ci étant déterminée en principe, en fonction de différents critères pondérés.²¹³

²¹¹ Les moyens de preuve sont précisés par l'article 60 de la directive 2014/24/UE. La mise en place d'une base de données de certificats en ligne (e-certis) est prévue par l'article 61 de la directive 2014/24/UE. L'article 62 précise en outre les normes d'assurance de la qualité et les normes environnementales. L'article 64 vise les listes officielles d'opérateurs économiques et la certification par des organismes de droit public ou privé.

²¹² Article 63 de la directive 2014/24/UE.

²¹³ La possibilité de classer les critères par ordre décroissant d'importance lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives est préservée par l'article 67.5 et 5 de la directive 2014/24/UE; voir également l'article 82 de la directive 2014/25.

Avec une double négation qui traduit la difficulté du compromis obtenu (de nombreux députés voulant l'abolition pure et simple de l'attribution sur base d'un critère unique du prix source de tous les maux : qualité déficiente généralisée, dumping social, exécution conflictuelle du marché ; d'autres estimant qu'il s'agissait d'un critère pertinent dans une économie de marché en temps de restriction budgétaire), « *Les États membres peuvent prévoir que les pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas uniquement utiliser le prix ou le coût comme seul critère d'attribution ou limiter cette utilisation à certaines catégories de pouvoirs adjudicateurs ou certains types de marchés* »²¹⁴. Sagement donc, la directive renvoie la décision aux États membres qui pourront soit l'interdire, soit la réserver à certains marchés ou à certains pouvoirs adjudicateurs.

Le facteur coût peut désormais également « prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité ».

Deuxièmement, la liste exemplative des critères d'attribution est modernisée et élargie, tout en conservant ses tares anciennes²¹⁵. L'offre économiquement la plus avantageuse peut être déterminée sur base du prix, mais également du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie²¹⁶, et peut tenir compte du meilleur rapport qualité/prix, qui est évalué sur la base de critères comportant des aspects qualitatifs, environnementaux, mais également sociaux, pour autant qu'ils soient liés à l'objet du marché. La qualité concerne, la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, mais également les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes et la commercialisation et ses conditions.

Troisièmement, sortant enfin de la controverse relative à la « stricte » distinction des critères de sélection qualitative et des critères d'attribution, qui devenait stérile compte tenu du durcissement de la jurisprudence et de l'attitude saine des acteurs de la commande publique qui s'obstinaient à ne pas la suivre, la directive permet de prendre en considération un critère d'attribution relatif à « l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ».

Quatrièmement, l'exigence que les critères soient strictement liés à l'objet du marché est assouplie puisque la directive prévoit désormais que les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et, c'est nouveau, « à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans: a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services; ou b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel »²¹⁷.

38. Les offres anormalement basses²¹⁸

²¹⁴ Article 67.3 de la directive 2014/24/UE; article 82.2 de la directive 2014/25.

²¹⁵ A.L. Durviaux, *Marchés publics et logique de marché en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, spéc n°435, p. 470-474. Ainsi, le texte actuel vise toujours le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode et le délai de livraison ou d'exécution qui peuvent prendre la forme de critères d'attribution ou de conditions d'exécution selon le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

²¹⁶ La notion est précisée dans l'article 68 de la directive 2014/24/EU; article 83. de la directive 2014/25.

²¹⁷ Article 67.3 de la directive 2014/24/UE; article 82.3 de la directive 2014/25.

²¹⁸ Article 69 de la directive 2014/24/UE; article 84 de la directive 2014/25.

Il n'y a pas de changement fondamental en ce qui concerne le contrôle des offres anormales. Seules les offres anormalement basses sont une préoccupation. Le pouvoir adjudicateur doit contrôler le prix ou les coûts et demander des justifications, le texte énonçant à titre exemplatif de ces dernières : « a) l'économie du procédé de fabrication des produits, de la prestation des services ou du procédé de construction; b) les solutions techniques adoptées ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour fournir les produits ou les services ou pour exécuter les travaux; c) l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire (...); f) l'obtention éventuelle d'une aide d'État par le soumissionnaire.

Le texte ajoute curieusement comme exemple de justification, le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail établi par le droit de l'Union, le droit national, les conventions collectives ou par les dispositions internationales dans ces mêmes matières (reprises dans l'annexe X). Il est délicat de percevoir en quoi le respect des obligations peut induire un prix bas. De manière tout aussi mystérieuse, le texte ajoute encore le respect des obligations imposées par l'article 71 de la directive, soit l'article relatif à la sous-traitance.

Le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter l'offre que si les éléments de preuve fournis n'expliquent pas de manière satisfaisante le bas niveau du prix ou des coûts proposés. Il est obligé de rejeter l'offre s'il constate que le soumissionnaire ne respecte pas ses obligations en matière environnementale, sociale et du travail (telles que reprises dans l'article 18.2 de la directive).

Si l'offre est anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que si le soumissionnaire n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur que l'aide est compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du TFUE. Le pouvoir adjudicateur qui rejette une offre dans ces conditions doit en informer la Commission européenne.

Enfin, un échange d'information entre États membres est prévu pour le respect des dispositions législatives ou réglementaires, les conventions collectives d'application générale ou les normes techniques nationales, relatives aux preuves et documents à produire pour justifier les prix et les coûts.

B. Les modes de passation

Il existe deux catégories de procédures de passation : les procédures ordinaires qui se caractérisent par leur rigidité (1) et les modes de passation particuliers qui tendent à plus de flexibilité selon des modalités variables (2).

(1) Les procédures ordinaires

39. Les procédures ordinaires : la rigidité dans les secteurs classiques

Les procédures ouvertes et restreintes sont des procédures ordinaires en ce qu'elles peuvent être utilisées en toute circonstance, moyennant le respect des modalités de publicité déterminées par la directive²¹⁹.

²¹⁹ Article 26.1 et 26.2. de la directive 2014/24/UE.

Dans le cadre des procédures ordinaires, la négociation est en principe interdite. Elles apparaissent dès lors comme particulièrement **rigides** : le pouvoir adjudicateur énonce sa demande dans les documents du marché, les entreprises remettent une offre, la confrontation de la demande et de l'offre se réalise sans ajustement de l'une et de l'autre.

La Cour de justice a eu l'occasion de préciser en effet, que dans pareille procédure, « une fois leur offre déposée », cette dernière ne peut plus, « en principe, être modifiée ni à l'initiative du pouvoir adjudicateur ni à celle du candidat », cette interdiction de négociation reposant sur le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence²²⁰. Plus encore, ces mêmes principes, n'impliquent pas qu'un pouvoir adjudicateur soit tenu de prendre contact avec des soumissionnaires pour clarifier ou expliquer leur offre avant de les rejeter pour cette raison²²¹. Toutefois, ces mêmes principes²²² ne s'opposent pas, à ce que, **exceptionnellement**, « les données relatives à l'offre puissent être corrigées ou complétées ponctuellement, notamment parce qu'elles nécessitent à l'évidence une simple clarification, ou pour mettre fin à des erreurs matérielles manifestes, pourvu que cette modification n'aboutisse pas à proposer en réalité une nouvelle offre (..... et) ne s'oppose donc pas davantage à (...) une disposition (...) selon laquelle, en substance, le pouvoir adjudicateur peut demander par écrit aux candidats de clarifier leur offre sans toutefois demander ou accepter aucune modification de l'offre »²²³.

Le caractère rigide s'exprime encore puisque le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence s'appliquent également dans la manière dont la clarification peut être opérée : la demande de clarification ne peut apparaître à l'issue de la procédure et au vu des résultats de celle-ci comme ayant « indûment favorisé ou défavorisé le ou les candidats ayant fait l'objet de cette demande »²²⁴, elle ne peut intervenir qu'après que le pouvoir adjudicateur ait pris connaissance de toutes les offres²²⁵, elle doit être « adressée de manière équivalente à toutes les entreprises qui se trouvent dans la même situation, en l'absence de motif objectivement vérifiable de nature à justifier un traitement différencié des candidats à cet égard, en particulier lorsque l'offre doit, en tout état de cause, au regard d'autres éléments, être rejetée »²²⁶, enfin, elle doit porter « sur tous les points de l'offre qui sont imprécis ou non conformes aux spécifications techniques du cahier des charges sans que le pouvoir adjudicateur puisse écarter l'offre pour manque de clarté d'un aspect de celle-ci qui n'a pas fait l'objet de cette demande »²²⁷. Ces exigences sont constantes dans la jurisprudence de la Cour²²⁸.

40. Critique

Il est impossible de ne pas percevoir la fragilité du fondement de la rigidité des procédures ordinaires. En effet, le même principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence génèrent d'autres obligations dans le cadre des procédures négociées encadrées par le droit dérivé. Le principe et l'obligation ne peuvent dès lors justifier en soi, la rigidité des procédures ordinaires.

En réalité, c'est plutôt la négociation qui est conçue dans le droit européen des marchés comme une exception (ou dérogation) strictement encadrée, la rigidité apparaissant en

²²⁰ C.J.C.E., 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, *Rec.*, p. I-10873, point 36.

²²¹ *Ibid*, pt 39.

²²² Repris dans l'article 2 de la directive 2004/18/CE.

²²³ C.J.C.E., 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, *Rec.*, p. I-10873, point 40.

²²⁴ *Ibid*, pt.41

²²⁵ *Ibid*, pt.42.

²²⁶ *Ibid*, point.43.

²²⁷ *Ibid*, point. 44.

²²⁸ C.J.C.E., 10 octobre 2013, *Ministeriet for Forskning*, C-336/12, non encore publié au recueil, points 28-41.

creux comme le principe. Cette organisation générale des modes de passation a été critiquée. Les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques perçoivent l'absence de négociation comme un obstacle à l'efficacité des achats et investissements publics²²⁹ : l'extrême rigidité du processus de comparaison empêchant les ajustements (même à la marge) de la demande et de l'offre, de trop nombreuses procédures sont abandonnées en raison des problèmes qui surviennent au cours de la confrontation des offres aux documents du marché et de trop nombreuses procédures aboutissent au choix d'une offre qui ne correspond pas en tout point à ce qui aurait pu être espéré. Que dire encore des marchés qui s'exécutent dans des conditions préjudiciables à la qualité des prestations et des relations commerciales, en raison des erreurs qui figuraient dans le cahier des charges ou dans l'offre et qui conduisent à des conflits lors de la réalisation, générant procès, surcoûts et arrêts de chantiers préjudiciables à la collectivité?

De nombreux États membres réclament depuis de nombreuses années une réforme de ce système de passation. Ils ont été partiellement entendus dans la mesure où si les procédures ordinaires restent caractérisées par leur rigidité, plusieurs procédures particulières présentant des modalités variées de flexibilité ont été introduites en 2004 (avec le dialogue compétitif) et en 2014 (procédure concurrentielle de négociation et partenariat d'innovation). Ces procédures particulières doivent toujours être considérées comme des exceptions aux procédures ordinaires. Les différentes hypothèses d'application et les modalités variées de négociation deviennent une source de difficultés nouvelles.

41. Approche spécifique pour les secteurs spéciaux

Dans les secteurs spéciaux, les entités adjudicatrices peuvent choisir entre les procédures ouvertes, restreintes ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable²³⁰.

(2) Les procédures particulières

42. Au départ, il y avait la négociation

Dans le cadre du droit de l'Union en matière de marchés publics, la notion de négociation doit être relativisée. Elle n'est en rien comparable à une négociation dans le sens commun, où des parties à une future convention discutent, ajustent leurs demandes et propositions au fur et à mesure afin d'aboutir à la conclusion d'un contrat²³¹. Si d'un point de vue théorique, il est possible d'envisager de négocier à la fois le contenu d'une offre, de la demande et du contrat, le droit européen a fortement limité l'objet de la négociation.

Le droit antérieur n'est pas fondamentalement modifié par la directive 2014/24/EU qui codifie de nombreuses contraintes dégagées par la jurisprudence. Des évolutions à la marge doivent cependant être soulignées comme la nouvelle appellation de procédure négociée concurrentielle et la disparition de la procédure négociée avec publicité.

43. Le caractère exceptionnel de la procédure négociée

D'abord, la Cour de justice a de manière constante souligné que la procédure négociée revêt un caractère exceptionnel²³². Il s'ensuit que les dispositions qui l'autorisent doivent faire

²²⁹ M. Ubaud-Bergeron, *La négociation*, Contrats et marchés publics, 2014, n°6, pp.31-34, spéc.p.31

²³⁰ Article 44 de la directive 2014/25.

²³¹ Dans le même sens, M. Ubaud-Bergeron, *La négociation*, Contrats et marchés publics, 2014, n°6, pp.31-34, spéc. p. 31.

²³² C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Commission c. Espagne*, C-71/92, *Rec.* p. I-5923, point 10 ; C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, *Rec.*, p. I-8121, point 43 ; C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, *Rec.* p. I-2173, point 56 ; C.J.C.E., 23 avril 2009, *Commission c. Belgique*, C-292/07, *Rec.*, p. I-00059, point 106 ; C.J.C.E., 15 octobre 2009,

l'objet d'une interprétation stricte²³³ et que la charge de la preuve incombe à la partie qui souhaite s'en prévaloir²³⁴. Sous peine de priver le droit dérivé d'effet utile, les États membres ne peuvent créer des hypothèses de recours à la procédure négociée²³⁵. Ceci s'applique également pour les marchés passés en procédure négociée **sans** publicité dans les secteurs spéciaux²³⁶. Ensuite, la Cour de justice et le tribunal ont limité l'objet et la méthode des négociations.

44. Le caractère impératif des documents du marché limite l'objet de la négociation et les soumissionnaires admis à négocier

Ensuite, le pouvoir adjudicateur doit respecter le caractère impératif qu'il a donné à certaines conditions du marché ce qui implique qu'elles ne peuvent être modifiées en cours de négociation²³⁷, la solution étant justifiée de manière très insatisfaisante, par le régime juridique des variantes.

Plus généralement, c'est en tenant compte du principe de l'interprétation stricte des dispositions autorisant le recours à la procédure négociée que la Cour a limité l'objet de la négociation au contenu de l'offre : « l'article 30, paragraphe 2, de la directive 2004/18 a pour effet de restreindre cette marge de manœuvre en énonçant que la négociation, qui est l'élément déterminant de la procédure de passation de marché public concernée, vise exclusivement à adapter les offres soumises aux exigences prévues dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels, dans le but de rechercher la meilleure offre. Dès lors, cette disposition identifie l'objet ainsi que le but de la négociation dans le cadre de la procédure négociée »²³⁸.

À nouveau, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence inscrits dans l'article 2 de la directive 2004/18/CE qui tendent à garantir l'absence de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur²³⁹ justifient la solution retenue et la prolongent ; les dispositions impératives des documents du marché ne peuvent faire l'objet d'une négociation et partant, le pouvoir adjudicateur ne peut négocier avec des soumissionnaires qui ont remis des offres qui ne répondent pas aux exigences impératives des spécifications techniques²⁴⁰, et plus largement, des documents du marché.

Commission c. Allemagne, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, point 54.

²³³ C.J.C.E., 10 mars 1987, *Commission c. Italie*, 199/85, *Rec.* p. 1039, point 14 ; C.J.C.E., 17 novembre 1993, *Commission c. Espagne*, C-71/92, *Rec.* p. I-5923, point 36 ; C.J.C.E., 18 mai 1995, *Commission c. Italie*, C-57/94, *Rec.* p. I-1249, point 23 ; C.J.C.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, *Rec.* p. I-3609, point 58 ; C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, *Rec.* p. I-8121, point 19 ; C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Commission c. France*, C-340/02, *Rec.*, p. I-09845, point 38 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, *Rec.*, p. I-04713, point 33 ; C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, *Rec.* p. I-2173, point 57 ; C.J.C.E., 2 octobre 2008, *Commission c. Italie*, C-157/06, *Rec.*, p. I-07313, point 23 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-250/07, *Rec.*, p. I-04369, point 34 ; C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, point 55 ; C.J.U.E., 27 octobre 2011, *Commission c. Grèce*, C-601/10, *Rec.*, p. I-00163, point 32.

²³⁴ C.J.C.E., 10 mars 1987, *Commission c. Italie*, 199/85, *Rec.* p. 1039, point 14 ; C.J.C.E., 3 mai 1994, *Commission c. Espagne*, C-328/92, *Rec.* p. I-1569, points 15-16 ; C.J.C.E., 18 mai 1995, *Commission c. Italie*, C-57/94, *Rec.* p. I-1249, point 23 ; C.J.C.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, *Rec.* p. I-3609, point 58 ; C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, *Rec.* p. I-8121, point 19 ; C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Commission c. France*, C-340/02, *Rec.*, p. I-09845, point 38 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, *Rec.*, p. I-04713, point 33 ; C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, *Rec.* p. I-2173, point 58 ; C.J.C.E., 2 octobre 2008, *Commission c. Italie*, C-157/06, *Rec.*, p. I-07313, point 23 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-250/07, *Rec.*, p. I-04369, point 34 ; C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, point 56 ; C.J.U.E., 27 octobre 2011, *Commission c. Grèce*, C-601/10, *Rec.*, p. I-00163, point 32.

²³⁵ C.J.C.E., 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, *Rec.* p. I-139, point 48 ; C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, *Rec.* p. I-2173, point 57.

²³⁶ C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, *Rec.*, p. I-04719, point 33 ; C.J.C.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-250/07, *Rec.*, p. I-04369, points 34-39.

²³⁷ T.P.I.C.E., 28 novembre 2002, *Scan Office Design c. Commission*, T-40/01, *Rec.*, p. II-05043, points 76-77.

²³⁸ C.J.C.E., 23 avril 2009, *Commission c. Belgique*, C-292/07, *Rec.*, p. I-00059, point 107.

²³⁹ C.J.C.E., 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a., C-599/10*, non encore publié au Recueil, point 25.

²⁴⁰ C.J.C.E., 5 décembre 2003, *Nordecon e.a., C-561/12*, non encore publié au recueil, points 34-39.

45. L'exigence du nombre de candidats appropriés et l'obligation d'assurer une concurrence réelle

Enfin, lorsqu'un marché est passé par **procédure négociée avec publicité**, le nombre de candidats admis à négocier après la sélection qualitative ne peut être inférieur à trois ; cette limite minimale ne s'applique qu'à condition qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés. La Cour de justice a précisé qu'est un candidat approprié « *tout entrepreneur ayant sollicité une invitation à participer à la procédure concernée qui, parmi ceux qui présentent les qualifications requises, remplit les conditions de caractère économique et technique fixées pour cette procédure. Il s'ensuit que si le nombre de candidats qui remplissent ces conditions n'atteint pas la limite minimale de trois, la procédure peut toutefois être poursuivie avec l'unique ou les deux candidat(s) approprié(s)* »²⁴¹.

L'obligation d'assurer une concurrence réelle implique que le nombre de candidats admis à soumissionner soit suffisant. Bien que la disposition de droit dérivé qui l'énonce ne vise expressément que les marchés passés par procédure restreinte, eu égard aux objectifs poursuivis par la directive, elle doit être interprétée comme s'étendant aux procédures négociées avec publicité ; dans ces procédures de passation également, le pouvoir adjudicateur doit donc assurer une concurrence réelle. Si le nombre de candidats appropriés n'atteint pas la limite minimale de trois, il convient d'admettre qu'une concurrence réelle a néanmoins été assurée, si les conditions du recours à la procédure négociée avec publicité ont été respectées²⁴².

46. Les apports de la directive 2014/24/UE

Dans quelle mesure la directive 2014/24/UE revoit-elle cette flexibilité encadrée par la Cour de justice dans le prolongement du droit dérivé antérieur ?

D'une part, elle ajoute deux nouveaux modes flexibles de passation, la procédure concurrentielle avec négociation et le partenariat d'innovation, d'autre part, elle corrige certaines maladresses dans les modalités du dialogue compétitif, enfin, elle redessine des hypothèses en les rendant parfois plus explicites tout en conservant une touche d'obscurité propre au style européen.

Il eut été possible de « faire beaucoup plus simple » et « beaucoup plus flexible », bien évidemment, le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence pouvant parfaitement être rencontrés dès lors que le processus de négociation présente une cohérence et une pertinence consignée dans des rapports écrits qui font après l'objet d'un contrôle marginal du juge. Tel n'a pas été le chemin choisi, à un itinéraire simple, le législateur a préféré des itinéraires bis et avec de nombreux détours très balisés. Si la procédure négociée avec publicité disparaît, les hypothèses dans lesquelles elles étaient autorisées sous l'empire du droit antérieur²⁴³ ont inspiré la rédaction des hypothèses dans lesquelles il est désormais possible de recourir à la procédure concurrentielle avec négociation.

Fondamentalement, il reste délicat, sous réserve de l'effet marketing du mot « innovation », de comprendre la nécessité de prévoir à côté de la procédure concurrentielle avec négociation, l'existence de deux procédures, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation, qui ne semble rien ajouter sur le volet passation et qui, pour la seconde, comporte des précisions de simple bon sens pour l'exécution.

²⁴¹ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Hochtief e.a.*, C-138/08, *Rec.*, p. I-09889, points 38-42.

²⁴² C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Hochtief e.a.*, C-138/08, *Rec.*, p. I-09889, points 45-54.

²⁴³ Article 30 de la directive 2004/18/CE.

(a) La procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation

47. La procédure concurrentielle avec négociation²⁴⁴ et le dialogue compétitif : les cas d'application

Les hypothèses dans lesquelles les deux procédures peuvent être utilisées sont identiques dans le cadre de la directive secteur classique²⁴⁵.

La plupart des mots choisis pour les définir sont plus précis qu'auparavant, simplifiant au passage le recours à l'hypothèse de procédure négociée prévue en cas d'impossibilité de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante. L'amélioration est précieuse, car les pouvoirs adjudicateurs sont obligés de motiver le choix de la procédure avec des considérations factuelles qui doivent rester praticables dans le monde réel. D'autres hypothèses restent sujettes à interprétation.

Il existe deux catégories d'hypothèses, d'ailleurs communes pour les marchés de travaux, de fournitures et de services. La première²⁴⁶ implique un ou plusieurs éléments de conception et de complexité technique, juridique et financière tandis que la seconde²⁴⁷ implique la remise d'offres irrégulières ou inacceptables dans le cadre d'une première procédure ouverte ou restreinte.

La **première catégorie d'hypothèses** est conçue de manière très souple dans la mesure où elles dépendent d'un choix discrétionnaire du pouvoir adjudicateur. Ainsi, il suffira d'insérer dans le marché un volet de conception²⁴⁸ pour pouvoir organiser une procédure concurrentielle avec négociation.

D'autres hypothèses sont plus sujettes à interprétation : comment en effet apprécier que les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles²⁴⁹ ? Suffit-il de sortir de biens et de services fabriqués de manière standardisée pour rentrer dans l'hypothèse ? Cette solution appliquée aux marchés de travaux pourrait faire ressortir tout le champ de la construction dans cette hypothèse dans la mesure où le pouvoir adjudicateur ne recourt pas à du « préfabriqué ». Il est délicat de prédire l'interprétation qui sera donnée à cette hypothèse. La question de savoir si la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif doivent être considérés comme des procédures exceptionnelles est déterminante puisqu'elle dictera la règle d'interprétation stricte ou souple.

La « complexité »²⁵⁰ qui permettait de recourir au dialogue compétitif sous l'empire du droit antérieur a été en quelque sorte démystifiée. Il suffit désormais que le marché ne puisse être « attribué **sans négociations préalables** du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité²⁵¹ ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent »²⁵². La nouvelle formulation ne résout pas tous les problèmes d'interprétation. Il est délicat de mesurer l'étendue de la charge de la preuve pour le pouvoir adjudicateur :

²⁴⁴ La procédure négociée avec publicité est une procédure ordinaire dans le cadre des secteurs spéciaux en vertu de l'article 44 de la directive 2014/25.

²⁴⁵ Article 26.4 de la directive 2014/24/UE.

²⁴⁶ Article 26.4. a) de la directive 2014/24/UE.

²⁴⁷ Article 26.4. b) de la directive 2014/24/UE.

²⁴⁸ Article 26.4. a), ii) de la directive 2014/24/UE.

²⁴⁹ Article 26.4. a), i) de la directive 2014/24/UE.

²⁵⁰ Article 29.1. al.1 de la directive 2004/18/CE : « Lorsqu'un marché est particulièrement complexe, les États membres peuvent prévoir que le pouvoir adjudicateur, dans la mesure où il estime que le recours à la procédure ouverte ou restreinte ne permettra pas d'attribuer le marché, puisse recourir au dialogue compétitif conformément au présent article ».

²⁵¹ L'article 30.A.b) de la directive 2004/18/CE disposait : « dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix ».

²⁵² Article 26.4. a), ii) de la directive 2014/24/UE.

le texte implique d'ailleurs une preuve négative impossible « le marché ne peut être attribué sans négociation préalable ». Il est toujours possible « de ne pas négocier ». Il eût été plus simple d'indiquer de manière positive les hypothèses où la négociation était souhaitable et d'indiquer plus simplement « lorsque le marché porte sur plusieurs objets comme la conception, la réalisation, le financement et la maintenance ». Globalement, les deux formulations devraient cependant conduire aux mêmes solutions sous réserve d'une interprétation raisonnable de la Cour de justice.

La dernière hypothèse vise la situation où le pouvoir adjudicateur « **n'est pas en mesure de définir les spécifications techniques avec une précision suffisante** »²⁵³ en se référant à une norme, une évaluation technique européenne, une spécification technique commune ou une référence technique au sens de l'annexe VII, points 2 à 5 »²⁵⁴.

La seconde catégorie d'hypothèse concerne les travaux, les fournitures ou les services « pour lesquels, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte²⁵⁵, seules des **offres irrégulières ou inacceptables** ont été présentées. En pareil cas, les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de publier un avis de marché s'ils incluent dans la procédure tous, et seulement, les soumissionnaires qui (...lire ont été sélectionnés) et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte antérieure, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation de marchés ». La directive énonce des exemples d'irrégularités ou d'inacceptabilité : « sont notamment considérées comme **irrégulières les offres** qui ne sont pas conformes aux documents de marché, qui sont parvenues tardivement, qui comportent des éléments manifestes de collusion ou de corruption ou que le pouvoir adjudicateur a jugées anormalement basses »; « sont notamment considérées comme **inacceptables** les offres présentées par des soumissionnaires dépourvus des capacités requises ou dont le prix dépasse le budget du pouvoir adjudicateur tel qu'il a été déterminé et établi avant le lancement de la procédure de passation de marché ». L'hypothèse est assouplie par rapport à la version antérieure puisque disparaît l'exigence que les « conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées »²⁵⁶.

48. La procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif : éléments de différenciation

La directive laisse aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de choisir entre les deux procédures. Celles-ci présentent cependant des modalités sensiblement différentes, principalement sous l'angle du moment où l'objet du marché est définissable et de la négociation.

Dans la procédure concurrentielle avec négociation, les pouvoirs adjudicateurs doivent définir « l'**objet** du marché en fournissant une **description de leurs besoins** et des **caractéristiques requises** des fournitures, travaux ou services faisant l'objet du marché et précisent les **critères d'attribution du marché**. Ils indiquent également les éléments de la description qui fixent les **exigences minimales** que doivent respecter toutes les offres »²⁵⁷.

Dans le cadre du dialogue compétitif, les pouvoirs adjudicateurs indiquent « leurs **besoins** et

²⁵³ L'article 30.1. c) de la directive 2004/18/CE disposait : « dans le domaine des services, notamment au sens de la catégorie 6 de l'annexe II A, et pour des prestations intellectuelles, telles que la conception d'ouvrage, dans la mesure où la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par la sélection de la meilleure offre, conformément aux règles régissant la procédure ouverte ou la procédure restreinte ».

²⁵⁴ Article 26.4. a), iv) de la directive 2014/24/UE.

²⁵⁵ Cette précision est un indice qui présente les procédures ouverte et restreinte comme des procédures ordinaires par rapport à des procédures "autres" qu'il faudra encore qualifier d'exceptionnel ou pas.

²⁵⁶ Article 30.1.a) al.1 de la directive 2004/18/CE : « Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer leurs marchés publics en recourant à une procédure négociée après avoir publié un avis de marché dans les cas suivants : a) en présence d'offres irrégulières ou en cas de dépôt d'offres inacceptables au regard des dispositions nationales compatibles avec les prescriptions des articles 4, 24, 25, 27 et celles du chapitre VII, soumises en réponse à une procédure ouverte ou restreinte ou à un dialogue compétitif, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées ».

²⁵⁷ Article 29, §1, al.2 directive 2014/24/UE.

leurs **exigences** dans l'avis de marché et **définissent ces besoins et ces exigences dans cet avis et/ou dans un document descriptif**. À cette occasion, et dans les mêmes documents, ils indiquent et définissent également les **critères d'attribution** retenus et fixent un **calendrier indicatif** »²⁵⁸. Le marché est attribué sur la seule base du **critère d'attribution du meilleur rapport qualité/prix**, conformément à l'article 67, paragraphe 2²⁵⁹.

La description des caractéristiques requises des fournitures, travaux ou services est faite par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure concurrentielle avec publicité et n'est possible qu'au terme du dialogue, dans le cadre d'un dialogue compétitif.

Si les modalités de négociations sont largement communes aux deux procédures, deux différences subsistent.

D'une part, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se réserver dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt, la possibilité d'attribuer le marché sans négociation uniquement dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation²⁶⁰, la négociation ne pouvant porter que sur les offres initiales ou ultérieures (et non pas sur l'offre finale) à l'exclusion « des exigences minimales et les critères d'attribution »²⁶¹.

D'autre part, l'objet des négociations est limité dans le cadre du dialogue compétitif à deux moments et de manière ambiguë. D'abord, après la clôture du dialogue lorsque les participants sont invités à remettre une offre finale, le pouvoir adjudicateur peut demander à ce que ces offres soient « **clarifiées, précisées et optimisées** ». Cependant, de tels efforts de clarification, de précision ou d'optimisation ou la présentation d'informations complémentaires ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre ou du marché public, notamment les besoins et exigences indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, lorsque les modifications apportées à ces aspects, besoins ou exigences sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire »²⁶². Ensuite, une fois que le choix de l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix a été réalisé, le pouvoir adjudicateur peut entamer des **négociations** avec le soumissionnaire qui en est l'auteur, pour « confirmer les engagements financiers ou d'autres conditions énoncées dans l'offre en arrêtant les clauses du marché, à condition que ce processus n'ait pas pour effet de modifier, de manière importante, des aspects essentiels de l'offre ou du marché public, y compris les besoins et les exigences indiquées dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, et ne risque pas de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations »²⁶³.

Les modalités prévues par la directive secteurs spéciaux rejoignent très largement celles prévues par la directive secteurs classiques²⁶⁴ ce qui ne lasse pas d'étonner dans la mesure où puisque la procédure négociée avec publicité est une procédure ordinaire, il est délicat de comprendre les raisons qui pousseraient les entités adjudicatrices à préférer la complexité et les pièges du dialogue compétitif alors qu'ils peuvent faire une procédure « sur mesure ».

49. Le partenariat d'innovation

Le partenariat d'innovation est une nouvelle procédure²⁶⁵ qui désigne également le marché auquel aboutit cette procédure.

²⁵⁸ Article 30, §2 directive 2014/24/UE.

²⁵⁹ Article 31, 61, *in fine* directive 2014/24/UE.

²⁶⁰ Article 29, §4 directive 2014/24/UE.

²⁶¹ Article 29.3 de la directive 2014/24/UE.

²⁶² Article 31, §6 de la directive 2014/24/UE.

²⁶³ Article 31, §7 de la directive 2014/24/UE.

²⁶⁴ Article 48 de la directive 2014/25.

²⁶⁵ Introduite par l'article 31 de la directive 2014/24/UE et par l'article 49 de la directive 2014/25/UE.

Le partenariat d'innovation présente de nombreuses similitudes avec la procédure concurrentielle avec négociation.

Il reste cependant une **procédure spécifique** en ce qu'il intègre dans une même procédure et un même marché, le développement et l'acquisition ultérieure d'un bien ou d'une prestation²⁶⁶.

Il convient de distinguer le partenariat d'innovation des modèles de passation de marchés relatifs à la **recherche et développement (R&D)** qui ont fait l'objet d'une communication de la Commission du 14 décembre 2007 intitulée «Achats publics avant commercialisation: promouvoir l'innovation pour assurer des services publics durables et de qualité en Europe», qui ne relèvent pas du champ d'application de la directive 2014/24/UE²⁶⁷.

Les marchés R&D portent uniquement sur la recherche et le développement alors que le partenariat d'innovation va jusqu'à la commercialisation²⁶⁸. Dans le cadre du partenariat d'innovation, le produit n'est pas réservé à l'usage exclusif du pouvoir adjudicateur, à la différence des marchés R&D.

L'**innovation** est conçue très largement dans la directive puisqu'il s'agit de «la mise en œuvre d'un produit, d'un service ou d'un procédé nouveau ou sensiblement amélioré, y compris, mais pas exclusivement des procédés de production ou de construction, d'une nouvelle méthode de commercialisation ou d'une nouvelle méthode organisationnelle dans les pratiques, l'organisation du lieu de travail ou les relations extérieures de l'entreprise, notamment dans le but d'aider à relever des défis sociétaux ou à soutenir la stratégie Europe 2020 pour une croissance intelligente, durable et inclusive»²⁶⁹. Cette définition englobe l'éco-innovation et l'innovation sociale ou le développement durable.

D'une manière générale, le pouvoir adjudicateur doit veiller à ce «que la structure du partenariat, et notamment la durée et la valeur de ses différentes phases, tiennent compte du degré d'innovation de la solution proposée et du déroulement des activités de recherche et d'innovation requises pour le développement d'une solution innovante non encore disponible sur le marché. La valeur estimée des fournitures, des services ou des travaux n'est pas disproportionnée par rapport à l'investissement requis pour leur développement»²⁷⁰.

L'innovation est intégrée en amont du processus d'achat : au stade de la définition du besoin (dont elle est une composante), de l'objet du marché, lors de la sélection qualitative, sans pour autant obliger le pouvoir adjudicateur à privilégier l'offre la plus innovante (au travers, par exemple, d'un critère d'attribution), ce dernier pouvant opérer un arbitrage entre l'innovation et l'optimisation de la dépense publique liée au marché.

Ainsi, dans la mesure où, le pouvoir adjudicateur définit dans les documents du marché, «le **besoin relatif** à un produit, un service ou à des travaux innovants **qui ne peut être satisfait par l'acquisition de produits, de services ou de travaux déjà disponibles sur le marché**»²⁷¹, le caractère innovant (c'est-à-dire leur indisponibilité sur le marché) est une composante du besoin lui-même²⁷².

Le pouvoir adjudicateur doit dès lors établir que les services, fournitures et travaux ne sont pas

²⁶⁶ Considérant 49 de la directive 2014/24/UE.

²⁶⁷ Considérant 47 de la directive 2014/24/UE.

²⁶⁸ *Ibid*, spéc. p. 49.

²⁶⁹ Article 1.22. Directive 2014/24/UE.

²⁷⁰ Article 31.7. directive 2014/25/UE.

²⁷¹ Article 31.1 de la directive 2014/24/UE.

²⁷² P. Pintant, A. N'Gouah-Beaud, Le partenariat d'innovation : une procédure à suivre, ACCP-CP, 2014, n°123, pp.46-50, spéc.p.48.

disponibles sur le marché, entreprise qui peut se révéler délicate....

L'encouragement à l'innovation s'exprime déjà lors de la **sélection des candidats**, puisque « les pouvoirs adjudicateurs appliquent en particulier les critères relatifs aux capacités des candidats dans le domaine de la recherche et du développement ainsi que de l'élaboration et de la mise en œuvre de solutions innovantes »²⁷³.

Le partenariat d'innovation peut être mis en place avec **un ou plusieurs partenaires** menant des activités de recherches séparées²⁷⁴.

L'attribution du ou des marchés se fait sur la seule base du critère d'attribution du meilleur rapport qualité/prix²⁷⁵.

Les modalités de la procédure de passation sont comparables à celles de la procédure concurrentielle avec négociation.

Certaines modalités procédurales concernent la phase d'exécution du partenariat d'innovation et visent à intégrer les aléas et les spécificités du processus de développement : l'acquisition, la résiliation partielle ou entière du partenariat, et la confidentialité étendue à l'exécution.

Ainsi, l'**acquisition ultérieure** des fournitures, services ou travaux n'est prévue que pour autant qu'ils correspondent « au niveau de performance et aux coûts maximum convenus entre les pouvoirs adjudicateurs et les participants »²⁷⁶.

Le partenariat est structuré en **phases** qui suivent « le déroulement des étapes du processus de recherche et d'innovation, qui peuvent comprendre le stade de la fabrication des produits, de la prestation des services ou de l'exécution des travaux. Le partenariat d'innovation établit des objectifs intermédiaires que les partenaires doivent atteindre et prévoit le paiement de la rémunération selon des tranches appropriées »²⁷⁷.

Sur la base de ces objectifs, « le pouvoir adjudicateur peut décider, après chaque phase, de **résilier** le partenariat d'innovation ou, dans le cas d'un partenariat d'innovation établi avec plusieurs partenaires, de **réduire le nombre de partenaires** en mettant un terme aux contrats individuels, à condition que, dans les documents de marché, il ait indiqué ces possibilités et les conditions de leur mise en œuvre »²⁷⁸.

Enfin, « en cas de partenariat d'innovation associant plusieurs partenaires, conformément à l'article 21, le pouvoir adjudicateur ne révèle pas aux autres partenaires les solutions proposées ou d'autres informations confidentielles communiquées par un partenaire dans le cadre du partenariat sans l'accord dudit partenaire. Cet accord ne revêt pas la forme d'une renonciation générale, mais vise des informations précises dont la communication est envisagée »²⁷⁹.

A nouveau, les modalités prévues par la directive secteurs spéciaux rejoignent très largement celles prévues par la directive secteurs classiques²⁸⁰ ce qui ne lasse pas d'étonner dans la mesure où puisque la procédure négociée avec publicité est une procédure ordinaire, il est délicat de comprendre les raisons qui pousseraient les entités adjudicatrices à préférer la

²⁷³ Article 31.6 directive 2014/24/UE.

²⁷⁴ Article 31.1, al. 3 directive 2014/24/UE.

²⁷⁵ Article 31.1, *in fine* directive 2014/24/UE.

²⁷⁶ Article 31.2 directive 2014/24/UE.

²⁷⁷ Article 31.2, al.2 directive 2014/24/UE.

²⁷⁸ Article 31.2, *in fine* directive 2014/24/UE.

²⁷⁹ Article 31.6, *in fine* directive 2014/24/UE.

²⁸⁰ Article 48 de la directive 2014/25.

complexité et les pièges de ce partenariat d'innovation alors qu'ils peuvent faire une procédure « sur mesure ».

50. Éléments de comparaison sous forme de synthèse chronologique : les procédures concurrentielles avec négociation (PCN) et de partenariat d'innovation (PI)

Les deux procédures présentent de nombreuses similitudes, le partenariat d'innovation étant, en quelque sorte, une forme spécifique de procédure concurrentielle avec négociation.

Si l'on suit une séquence chronologique, la procédure commence avec la définition des besoins et des caractéristiques de la solution (PCN), la définition des besoins d'innovation (PI).

Viennent ensuite : la publication d'un avis de mise en concurrence, la demande de participation, la sélection des candidats, la lettre d'invitation à remettre une offre initiale, la remise de l'offre initiale, l'examen des offres initiales, avec la possibilité d'en retenir une dans le cadre d'une PCN si les documents du marché l'ont prévu, la négociation en une ou plusieurs phases, la remise d'offres ultérieures précédées dans le cadre du PI de la communication des changements apportés par le PA à cette fin, suivie de la demande de remise d'une offre finale.

L'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse en vertu des articles 66 à 69 (PCN) et à l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix (article 67) dans le cadre du PI. Les marchés sont ensuite notifiés dans le cadre des deux procédures.

51. Éléments de comparaison sous forme de synthèse chronologique (suite) : les variables du dialogue compétitif (DC)

La définition des besoins au stade initial est plus sommaire puisqu'il sert à lancer un dialogue qui porte sur la manière de les rencontrer.

La publication de l'avis de mise en concurrence, les demandes de participation et la sélection des candidats s'opèrent selon des principes identiques.

Alors qu'une lettre d'invitation à remettre une offre initiale suit immédiatement la sélection qualitative dans le cadre de la PCN, c'est une lettre d'invitation au dialogue qui est adressée aux candidats sélectionnés dans le cadre du DC.

Le dialogue porte sur les moyens ou solutions pour satisfaire les besoins définis, il porte sur tous les aspects et peut se dérouler en une ou plusieurs phases, avec remise d'une ou de plusieurs solutions (ou propositions) de la part des participants. Le dialogue est clôturé et suivi par une invitation à remettre une offre finale qui peut être seulement clarifiée, précisée ou optimisée²⁸¹ avant d'être finalement évaluée en fonction des critères d'attribution.

D'ultimes négociations peuvent être menées, à la demande du pouvoir adjudicateur, avec le soumissionnaire qui a remis l'offre présentant le meilleur rapport qualité/prix dont l'objet est de confirmer les engagements financiers ou autres conditions énoncées dans l'offre en arrêtant les clauses du marché, pour autant que le processus n'ait pas pour effet de modifier, de manière importante, des aspects essentiels de l'offre ou du marché public,

²⁸¹ Ces actions ne pouvant avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre ou du marché public, notamment les besoins et exigences indiqués dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, lorsque les modifications apportées à ces aspects, besoins ou exigences sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

y compris les besoins et les exigences indiquées dans l'avis de marché ou dans le document descriptif, et ne risque pas de fausser la concurrence ou d'entraîner des discriminations.

(b) La procédure négociée sans publicité préalable

52. Permanence

La possibilité de recourir à une procédure négociée sans publicité préalable est limitée à des circonstances très exceptionnelles compte tenu de ses effets négatifs sur la concurrence²⁸². Les États membres ne peuvent toujours pas prévoir d'autres hypothèses que celles prévues par les directives²⁸³. Le législateur européen confirme l'interprétation restrictive de ces hypothèses et semble même vouloir renforcer l'obligation de motivation²⁸⁴.

Certaines hypothèses peuvent impliquer une mise en concurrence entre plusieurs participants²⁸⁵ et partant impliquer une négociation en une ou plusieurs phases en vue de réduire le nombre de candidats. D'autres hypothèses ne concernent qu'un seul candidat²⁸⁶.

Les textes connaissent cependant des évolutions sensibles du point de vue qualitatif en ce qu'ils clarifient certaines hypothèses et en ce qu'ils précisent les modalités de la négociation.

53. Les hypothèses de procédures négociées sans publicité sous l'empire de la directive 2004/18/CE

L'article 31 de la directive 2004/18/CE définissait les hypothèses dans lesquelles il était possible de passer un marché en recourant à une procédure négociée sans publicité en distinguant celles communes aux marchés de travaux, de fournitures et de services²⁸⁷, celles

²⁸² Considérant 50 directive 2014/24/UE.

²⁸³ Article 26.6. directive 2014/24/UE ; les hypothèses de l'article 32 de la directive 2014/24 et 50 de la directive 2014/25.

²⁸⁴ Le considérant 50 précise en effet que : « Ces exceptions devraient se limiter aux cas où une publication n'est pas possible pour des **raisons d'extrême urgence** résultant d'**événements imprévisibles** qui ne sont pas imputables au pouvoir adjudicateur ou bien lorsqu'il est clair dès le départ qu'une publication ne susciterait pas plus de concurrence ou n'apporterait pas de meilleurs résultats, en particulier parce qu'il n'existe **objectivement qu'un seul opérateur économique** capable d'exécuter le marché. Tel est le cas des œuvres d'art, pour lesquelles l'identité de l'artiste détermine en soi le caractère unique et la valeur de l'œuvre d'art. L'exclusivité peut aussi résulter d'autres motifs, mais le recours à la procédure négociée sans publication ne peut être justifié que dans une **situation d'exclusivité objective**, c'est-à-dire lorsque l'exclusivité n'a pas été créée par le pouvoir adjudicateur lui-même en vue de la passation du marché.

Les pouvoirs adjudicateurs invoquant cette exception devraient en **justifier l'absence de solutions de remplacement ou rechange raisonnables** telles que le recours à d'autres canaux de distribution, y compris en dehors de l'État membre du pouvoir adjudicateur ou le fait d'envisager des travaux, fournitures ou services ayant une fonction comparable.

Lorsque l'exclusivité est due à des **raisons techniques**, celles-ci devraient être **rigoureusement définies et justifiées au cas par cas**. Parmi ces raisons pourraient par exemple figurer la quasi-impossibilité technique, pour un autre opérateur économique, de réaliser les prestations requises, ou la nécessité de recourir à un savoir-faire, des outils ou des moyens spécifiques dont ne dispose qu'un seul opérateur économique. Des raisons techniques peuvent également découler d'**exigences spécifiques d'interopérabilité** qui doivent être satisfaites pour garantir le fonctionnement des travaux, des fournitures ou des services achetés.

Enfin, une procédure de passation de marché n'est pas utile lorsque les fournitures sont achetées directement sur une **bourse des matières premières**, notamment les plateformes d'échange de produits de base telles que les bourses de produits agricoles, de matières premières et de produits énergétiques, où la structure d'échange multilatérale réglementée et contrôlée garantit naturellement les prix du marché. »

²⁸⁵ Article 32.2.a, 32.2, c, 32.3.a. directive 2014/24/UE.

²⁸⁶ Article 32.2.b., 32.3b., 32.4. et 32.5. directive 2014/24/UE.

²⁸⁷ **31.1.** « dans le cas des marchés publics de **travaux**, de **fournitures** et de **services** :

a) lorsqu'aucune offre ou aucune offre appropriée ou aucune candidature n'a été déposée en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué à la Commission à sa demande;

b) lorsque, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité, le marché ne peut être confié qu'à un opérateur économique déterminé;

prévues pour les marchés de fournitures²⁸⁸, pour les marchés de services²⁸⁹, et celles communes aux marchés de travaux et aux marchés de services²⁹⁰.

La Cour de justice a rendu de nombreux arrêts précisant l'interprétation de ces hypothèses.

54. Les raisons techniques imposant le recours à un seul opérateur économique déterminé

La possibilité de recourir à la procédure négociée sans publicité, lorsque des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité impose l'attribution du marché à un opérateur économique déterminé, requiert la réunion de deux conditions cumulatives, à savoir : une spécificité technique des prestations faisant l'objet du marché, d'une part, cette spécificité technique devant rendre absolument nécessaire d'attribuer ledit marché à un opérateur déterminé, d'autre part²⁹¹.

La Cour de justice s'est montrée très stricte dans l'appréciation de ces deux conditions cumulatives en refusant dans la quasi-majorité des cas de les considérer comme remplies.

Les contraintes liées à la protection de l'environnement peuvent être une raison technique justifiant le recours à la procédure négociée sans publicité et l'attribution du marché à un

c) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse, résultant d'événements imprévisibles pour les pouvoirs adjudicateurs en question, n'est pas compatible avec les délais exigés par les procédures ouvertes, restreintes ou négociées avec publication d'un avis de marché visées à l'article 30. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne doivent en aucun cas être imputables aux pouvoirs adjudicateurs; »

²⁸⁸ **31.2.** « dans le cas des marchés publics de **fournitures**:

a) lorsque les produits concernés sont fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, cette disposition ne comprenant pas la production en quantités visant à établir la viabilité commerciale du produit ou à amortir les frais de recherche et de développement;

b) pour les livraisons complémentaires effectuées par le fournisseur initial et destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées; la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne peut pas, en règle générale, dépasser trois ans;

c) pour les fournitures cotées et achetées à une bourse de matières premières;

d) pour l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur cessant définitivement ses activités commerciales, soit auprès des curateurs ou liquidateurs d'une faillite, d'un concordat judiciaire ou d'une procédure de même nature prévue par les législations ou réglementations nationales; »

²⁸⁹ **31.3.** « dans le cas des marchés publics de **services**, lorsque le marché considéré fait suite à un concours et doit, conformément aux règles applicables, être attribué au lauréat ou à un des lauréats du concours; dans ce dernier cas, tous les lauréats du concours doivent être invités à participer aux négociations; »

²⁹⁰ **31.4.** « dans le cas des marchés publics de **travaux** et marchés **publics** de services:

a) pour les travaux ou services complémentaires qui ne figurent pas dans le projet initialement envisagé ni dans le contrat initial et qui sont devenus nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il y est décrit, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui exécute cet ouvrage ou ce service:

— lorsque ces travaux ou services complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché initial sans inconvénient majeur pour les pouvoirs adjudicateurs,

ou

— lorsque ces travaux ou services, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son perfectionnement.

Toutefois, le montant cumulé des marchés passés pour les travaux ou services complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial;

b) pour de nouveaux travaux ou services consistant dans la répétition de travaux ou de services similaires confiés à l'opérateur économique adjudicataire du marché initial par les mêmes pouvoirs adjudicateurs, à condition que ces travaux ou ces services soient conformes à un projet de base et que ce projet ait fait l'objet d'un marché initial passé selon la procédure ouverte ou restreinte.

— La possibilité de recourir à cette procédure est indiquée dès la mise en concurrence de la première opération et le montant total envisagé pour la suite des travaux ou des services est pris en considération par les pouvoirs adjudicateurs pour l'application de l'article 7.

Il ne peut être recouru à cette procédure que pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial. »

²⁹¹ C.J.C.E., 18 mai 1995, *Commission c. Italie*, C-57/94, *Rec.* p. I-1249, point 24 ; C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, *Rec.*, p. I-08121, points 18, 20 et 21 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, *Rec.*, p. I-04713, point 34.

seul opérateur économique déterminé, au sens de la disposition concernée du droit dérivé. Toutefois, en l'espèce, le choix d'un traitement thermique pour l'élimination de déchets à lui seul ne saurait constituer une telle raison²⁹².

La nécessité de procéder à l'élimination de déchets à proximité de leur lieu d'origine n'est pas établie en l'espèce, puisque le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré que le transport des déchets jusqu'à un prestataire de service établi plus loin que l'adjudicataire, constituerait un danger pour l'environnement ou la santé publique²⁹³.

Enfin, la proximité de l'adjudicataire par rapport au territoire du pouvoir adjudicateur ne saurait non plus constituer, à elle seule, une raison technique justifiant le recours à la procédure négociée et l'attribution du marché à un seul opérateur économique déterminé, au sens de la disposition concernée du droit dérivé²⁹⁴.

L'objectif d'assurer la continuité des travaux afférents à des projets complexes et visant à la sécurité hydraulique d'une région est une considération technique dont il faut admettre l'importance. Cependant la seule affirmation du caractère complexe et délicat d'un ensemble de travaux relatifs à l'aménagement de bassins de rétention d'eau, ne suffit pas à démontrer qu'il ne peut être confié qu'à un même entrepreneur, en particulier lorsque les travaux sont répartis en lots dont la réalisation doit s'étaler sur de nombreuses années²⁹⁵.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré en l'espèce que le système de bandes transporteuses de cendres devant être construit entre une centrale thermoélectrique et une mine ne pouvait l'être que par un opérateur déterminé. En effet, ni les propriétés particulières du produit à transporter ni la nature instable du sous-sol ou la nécessité de raccorder le système de bandes transporteuses avec celui déjà existant ne prouve pas que l'adjudicataire du marché était l'unique entrepreneur dans le marché intérieur européen à disposer du savoir-faire nécessaire pour effectuer les travaux en question. Les faits de l'espèce démontrent d'ailleurs que le pouvoir adjudicateur a envisagé de recourir à au moins une autre entreprise que l'adjudicataire²⁹⁶.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré en l'espèce que les hélicoptères commandés ne pouvaient être fournis que par un opérateur déterminé. À cet égard, le motif qu'il convenait d'assurer l'homogénéité de la flotte d'hélicoptères afin de réduire les coûts logistiques, opérationnels et de formation des pilotes, ne suffit pas à justifier le recours à la procédure négociée sans publicité. Il n'est en effet pas démontré qu'un changement de fournisseur aurait contraint le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel fabriqué selon une technique différente de nature à entraîner une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées²⁹⁷.

Le pouvoir adjudicateur n'a pas démontré en l'espèce que le logiciel commandé pour la gestion centralisée de l'immatriculation de véhicules automobiles, ne pouvait être fourni que par un opérateur déterminé. À cet égard, la circonstance que l'unique concurrent de cet opérateur sur le marché national n'offrait pas un logiciel satisfaisant aux exigences techniques requises, ne suffit pas à justifier le recours à la procédure négociée sans publicité. Il ne saurait en effet être exclu que, si des recherches sérieuses avaient été menées au niveau européen, des entreprises à même de fournir un logiciel adapté aient pu être identifiées²⁹⁸.

²⁹² C.J.C.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, *Rec.* p. I-3609, points 60-64.

²⁹³ C.J.C.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, *Rec.* p. I-3609, point 65.

²⁹⁴ C.J.C.E., 10 avril 2003, *Commission c. Allemagne*, C-20/01 et C-28/01, *Rec.* p. I-3609, point 66.

²⁹⁵ C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, *Rec.*, p. I-08121, points 15-24.

²⁹⁶ C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, *Rec.*, p. I-04713, points 35-39.

²⁹⁷ C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, *Rec.* p. I-2173, points 55 et 59.

²⁹⁸ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, points 61-64.

55. L'urgence impérieuse

La Cour de justice s'est montrée tout aussi intransigeante dans l'appréciation de l'urgence impérieuse qui est subordonnée à trois conditions cumulatives à savoir, 1) l'existence d'un événement imprévisible, 2) une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures et 3) un lien de causalité entre l'événement imprévisible et l'urgence impérieuse²⁹⁹.

Le fait de devoir achever des travaux dont le caractère incomplet aggrave le risque d'inondations, alors que les premiers marchés ont été attribués près de 15 ans auparavant et qu'il a été prévu dès le départ de procéder à leur exécution par lots, ne constitue pas une urgence impérieuse. Ces éléments relèvent en effet de l'organisation arrêtée par le pouvoir adjudicateur³⁰⁰.

Le fait que le pouvoir adjudicateur disposait en réalité du délai suffisant pour passer le marché en cause en procédure restreinte accélérée, fait obstacle à la démonstration de l'existence d'une urgence impérieuse³⁰¹.

Le fait qu'une autorité qui doit approuver le projet concerné puisse imposer des délais ne constitue pas un élément imprévisible de la procédure d'approbation dudit projet³⁰².

Un délai de plusieurs mois entre la décision de procéder au remplacement du logiciel utilisé, le lancement de la procédure négociée sans publicité avec un seul opérateur économique et la conclusion du marché fait obstacle à la démonstration de l'existence d'une urgence impérieuse³⁰³. En outre, la circonstance que les dysfonctionnements du logiciel utilisé étaient connus plusieurs mois avant le lancement de la procédure négociée sans publicité, tend à démontrer que l'urgence est au moins en partie imputable au pouvoir adjudicateur³⁰⁴. Enfin, l'écoulement de plusieurs mois entre la décision de remplacer le logiciel et la conclusion du marché en cause démontre qu'il était possible de conduire une procédure restreinte accélérée, de sorte qu'il n'y avait pas en l'espèce d'urgence impérieuse³⁰⁵.

S'il peut paraître « évident que l'endommagement important d'une partie significative des bâtiments de plusieurs localités à la suite d'un séisme de grande ampleur constitue un événement extraordinaire et imprévisible », faute de pouvoir bénéficier de l'exemption de la « coopération horizontale », la passation de marchés publics (tels que ceux visés en l'espèce) suite à cet événement et en procédure négociée sans publicité doit respecter les trois conditions cumulatives posées par le droit dérivé – ce qu'il appartient en l'espèce à la juridiction de renvoi de vérifier³⁰⁶.

56. Les offres inappropriées

Le recours à la procédure négociée sans publicité est autorisé lorsqu'aucune offre appropriée n'a été déposée au cours d'une première procédure de passation avec mise en concurrence. Des offres qui ne sont pas conformes à des spécifications techniques

²⁹⁹ C.J.C.E., 2 août 1993, *Commission c. Italie*, C-107/92, *Rec.* p. I-4655, point 12 ; C.J.C.E., 28 mars 1996, *Commission c. Allemagne*, C-318/94, *Rec.* p. I-1949, point 14 ; C.J.C.E., 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-126/03, *Rec.* p. I-11197, point 23 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, *Rec.*, p. I-04713, point 40 ; C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, point 69 ; C.J.C.E., 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, non encore publié au recueil, point 50.

³⁰⁰ C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, *Rec.*, p. I-08121, points 25-29.

³⁰¹ C.J.C.E., 18 novembre 2004, *Commission c. Allemagne*, C-126/03, *Rec.* p. I-11197, point 23.

³⁰² C.J.C.E., 28 mars 1996, *Commission c. Allemagne*, C-318/94, *Rec.* p. I-1949, point 18 ; C.J.C.E., 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, C-394/02, *Rec.*, p. I-04713, point 43.

³⁰³ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, points 70-71.

³⁰⁴ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, point 72.

³⁰⁵ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-275/08, *Rec.*, p. I-00168, points 73-75.

³⁰⁶ C.J.C.E., 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, C-352/12, non encore publié au recueil, points 48-54.

indispensables (comme celles qui découlent du respect de la législation en matière de protection de l'environnement) et dont la non-conformité ne porte pas sur une simple imprécision ou sur un simple détail, sont des offres inappropriées au sens de la disposition concernée du droit dérivé, puisque ces non-conformités empêcheraient le pouvoir adjudicateur de mettre en service la centrale thermoélectrique en cause³⁰⁷.

57. *Le marché de service attribué suite à un concours*

La disposition qui autorise le recours à la procédure négociée sans publicité lorsque, dans le cas de marchés publics de services, le marché considéré fait suite à un concours et doit être attribué au(x) lauréat(s), suppose tout d'abord que les prestations en cause rentrent toutes dans la notion de concours qui se réfère à « un plan ou un projet » – ce qui est le cas de l'assistance au maître d'ouvrage dans l'élaboration d'un programme technique détaillé, mais non dans l'analyse des offres remises pour exécuter ce programme. Ensuite, l'expression « faire suite à un concours » signifie qu'il doit subsister un lien fonctionnel direct entre le concours et le marché concerné – ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Enfin, les conditions du concours doivent prévoir l'obligation d'attribuer le marché au lauréat et non la simple possibilité³⁰⁸.

58. *Les travaux ou services complémentaires*

Le recours à la procédure négociée sans publicité est autorisé pour les travaux ou services complémentaires ne figurant pas dans le projet initial et qui sont devenus nécessaires à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution de l'ouvrage ou des services du projet initial. L'attribution de ces travaux ou services complémentaires à l'opérateur qui exécute le projet initial est en outre (et notamment) subordonnée à la condition que ces travaux ou services complémentaires ne dépassent pas 50% du montant du marché initial.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a confié des services complémentaires de cadastre et d'aménagement urbain non prévus par les documents du marché initial en violation de la disposition concernée du droit dérivé. D'une part, aucune circonstance imprévue n'est survenue – ni même invoquée dans la décision attaquée. Il incombait d'ailleurs au pouvoir adjudicateur de prévoir l'extension des zones à cadastrer et à urbaniser, dès le lancement du marché initial. D'autre part, les services complémentaires dépassent 50% du montant du marché initial³⁰⁹.

59. *Les travaux et services similaires (marchés reconductibles)*

Le recours à la procédure négociée sans publicité est autorisé pour les travaux ou services similaires, à la condition que la reconduction ait été annoncée dans les documents du marché initial et que ce dernier ait été passé en procédure ouverte ou restreinte. Une disposition de la directive limite le recours à cette procédure négociée sans publicité « pendant une période de trois ans suivant la conclusion du marché initial ». À la lumière d'une comparaison des versions linguistiques de cette disposition et en vertu de considérations liées au principe d'interprétation stricte et à la sécurité juridique, il convient de comprendre l'expression « conclusion du marché initial » dans le sens de la conclusion du contrat initial et non pas dans le sens de l'achèvement des travaux sur lesquels porte le marché³¹⁰.

³⁰⁷ C.J.C.E., 4 juin 2009, *Commission c. Grèce*, C-250/07, *Rec.*, p. I-04369, points 37-43.

³⁰⁸ C.J.C.E., 14 octobre 2004, *Commission c. France*, C-340/02, *Rec.*, p. I-09845, points 33-43.

³⁰⁹ C.J.U.E., 27 octobre 2011, *Commission c. Grèce*, C-601/10, *Rec.*, p. I-00163, points 33-34.

³¹⁰ C.J.C.E., 14 septembre 2004, *Commission c. Italie*, C-385/02, *Rec.*, p. I-08121, points 33-41.

60. Les précisions apportées par la directive 2014/24/UE

Par rapport à l'article 31, 1, a) de la directive 2004/18/CE, l'article 32.2.a) de la directive 2014/24/UE ajoute qu'« une offre n'est pas considérée comme appropriée lorsqu'elle est sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences du pouvoir adjudicateur spécifiés dans les documents de marché. Une demande de participation n'est pas considérée comme appropriée lorsque l'opérateur économique concerné doit ou peut être exclu en vertu de l'article 57 ou ne remplit pas les critères de sélection établis par le pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 58 ».

Par rapport à l'article 31, 1, b, de la directive 2004/18/CE, l'article 32.2. b) de la directive 2014/24/UE clarifie les raisons qui désignent un opérateur particulier « b) lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique particulier, pour l'une quelconque des raisons suivantes: i) l'objet du marché est la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique ; ii) il y a absence de concurrence pour des raisons techniques; iii) la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle. Le texte ajoute cependant que les « exceptions indiquées aux points ii) et iii) ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres du marché ».

L'article 32.2.c) de la directive 2014/24/UE renforce par rapport à l'article 31.1, c de la directive 2004/18/CE, la rigueur de l'exigence impérieuse puisqu'il faut désormais démontrer « dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais des procédures ouvertes, restreintes », mais aussi de la procédure concurrentielle avec négociation. Les circonstances invoquées pour justifier l'urgence impérieuse ne peuvent être imputables au pouvoir adjudicateur.

L'article 32.3. a) de la directive 2014/24/UE reprend l'article 31.2.b) de la directive 2004/18/CE. Par contre, l'article 32.3.b) de la directive 2014/24/UE assouplit l'article 31.2. b) de la directive 2004/18/CE en ce qu'il permet la PN sans publicité pour les fournitures complémentaires destinées soit au renouvellement soit à l'extension sans plus exiger que celles-ci soient d'usage courant. La disposition reprend les mêmes conditions : premièrement, le changement de fournisseurs « obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées », ; deuxièmement, « la durée de ces marchés, ainsi que des marchés renouvelables, ne dépasse pas, en règle générale, trois ans ».

Plus fondamentalement, la directive 2014/24 précise que les marchés et accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché dans différentes hypothèses³¹¹. Cette disposition s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice³¹².

61. Les précisions apportées par la directive 2014/25

Les hypothèses dans lesquelles les entités adjudicatrices peuvent recourir à la procédure négociée sans publicité figurent désormais dans l'article 50 de la directive 2014/25³¹³.

La première hypothèse est celle de la remise d'offre ou demande de participation

³¹¹ Article 72 de la directive 2014/24.

³¹² A.L. Durviaux, Précis de droit des marchés et contrats publics, La Charte, 2014, pp.313-329.

³¹³ Elles étaient auparavant définies par l'article 40 de la directive 2004/17/CE.

inappropriée dans le cadre d'une première procédure avec publication d'un avis, le texte précise qu'une « n'est pas considérée comme appropriée lorsqu'elle est sans rapport avec le marché parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modifications substantielles, de répondre aux besoins et aux exigences de l'entité adjudicatrice spécifiés dans les documents de marché. Une demande de participation n'est pas considérée comme appropriée lorsque l'opérateur économique concerné doit ou peut être exclu en vertu de l'article 78, paragraphe 1, ou de l'article 80, paragraphe 1, ou ne remplit pas les critères de sélection établis par l'entité adjudicatrice en vertu de l'article 78 ou de l'article 80 »³¹⁴

Lorsque le choix de la procédure sans publicité repose sur l'hypothèse de l'opérateur économique unique, encore faut-il que l'absence de concurrence pour des raisons techniques ou la protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle, ne puissent être invoquées que lorsqu'il « n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des paramètres du marché »³¹⁵.

Les marchés et accords-cadres peuvent être modifiés sans nouvelle procédure de passation de marché dans les hypothèses définies par l'article 89 de la directive 2014/25. Cette disposition s'inscrit dans le prolongement de la jurisprudence de la Cour de justice³¹⁶.

II. Conclusions

Le concept de marché public recouvre de nombreux contrats et arrangements divers qui portent sur des objets immobiliers. À vrai dire, il reste mal aisé de tracer des limites claires dans le cadre normatif actuel. Le législateur est passé à côté des clarifications attendues.

Par contre, de nombreuses nouveautés en matière de passation constituent des opportunités pour les acteurs des opérations immobilières publiques.

La première réside dans la possibilité de tenir compte du « coût du cycle de vie », véritable levier pour valoriser des projets de constructions innovants sous l'angle des techniques environnementales.

La seconde réside dans la possibilité d'insérer des critères d'attribution relatifs à « l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ». Ce type de critères sont susceptibles de remettre la qualité au cœur des projets de construction et de rendre à ces métiers leur lien avec un artisanat de qualité.

La troisième réside dans la possibilité d'insérer des critères d'attribution liés à des facteurs qui interviennent « à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans: a) le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services; ou b) un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel ».

Enfin, la procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif constituent des modes de passation suffisamment souples pour éviter les écueils qui sont les conséquences de la rigidité des procédures ordinaires. La première est possible pour les marchés de conception et réalisation, peu utilisés en Belgique mais qui offrent de nombreux

³¹⁴ Article 50.a de la directive 2014/25.

³¹⁵ Article 50.c de la directive 2014/25.

³¹⁶ A.L. Durviaux, Précis de droit des marchés et contrats publics, La Charte, 2014, pp.313-329.

avantages. La seconde dépendra de l'interprétation qui sera donnée à l'idée que les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles.

1. Présentation générale.....	1
I. Le champ d'application du droit européen des contrats publics (marchés publics et concessions) et les opérations immobilières	1
2. Les notions de marché public et de concession dans les textes de droit dérivé.....	1
3. Approche synthétique : présentation générale	2
A. Un contrat écrit, un arrangement et autres accords, ou un ensemble contractuel	4
4. Généralités	4
5. La qualification de contrat public en droit national n'a pas d'incidence	4
6. Le contrat de subvention	4
7. La concession domaniale	5
8. La concession de travaux et la concession de service	6
9. Les contrats de société et d'association	7
10. Le mandat : l'effet « utile » inattendu	9
11. Un acte unilatéral n'est pas un contrat	11
12. L'obligation de transparence au-delà du contrat	12
B. Le(s) objet(s) et le(s) contrepartie(s)	13
(1) Le(s) objet(s)	13
13. Une prestation économique : travaux, fournitures ou services.....	13
14. La notion d'activité économique.....	14
15. L'exercice de l'autorité publique et les services d'intérêt économique général : limite à l'application du droit des marchés publics ?	15
16. Les marchés « mixtes » soit portant sur plusieurs prestations économiques, soit relevant de plusieurs directives	16
17. Les difficultés inhérentes aux marchés publics de travaux : les objets multiples	17
18. Les difficultés inhérentes aux marchés publics de travaux : l'extension inattendue	17
19. Les difficultés inhérentes aux marchés publics de travaux : les marchés à objet mixte	18
20. Les marchés publics de promotion de travaux	19
21. La qualité du cocontractant est indifférente.....	20
22. La notion d'ouvrage	20
23. Des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur.....	22
24. Des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur : vente à l'état futur d'achèvement.....	25
25. Des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur : contrat d'aménagement du territoire.....	26
(2) Le(s) contrepartie(s)	28
26. Le caractère onéreux : contreparties diverses	28
27. La réduction d'une charge.....	29
28. L'exigence d'intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur.....	30
29. L'absence d'équivalence.....	30
30. Le transfert significatif du risque d'exploitation : la spécificité de la concession.....	31
31. Consolidation du critère du transfert du risque d'exploitation	34
II. Les modes de passation.....	35
A. Les distinctions structurantes : le choix des participants et le choix des offres.....	35
32. Pas de changement dans les distinctions structurantes, adaptées à la marge.....	35
33. Une nouveauté : l'encadrement de la préparation du marché et la prévention des conflits d'intérêts.....	36

(a) Le choix des participants	37
34. Les différentes catégories de motifs d'exclusion.....	37
35. Les critères de sélection qualitative.....	39
36. Le recours aux capacités d'autres entités.....	40
(b) Le choix des offres	40
37. Les critères d'attribution.....	40
38. Les offres anormalement basses.....	41
B. Les modes de passation	42
(1) Les procédures ordinaires.....	42
39. Les procédures ordinaires : la rigidité dans les secteurs classiques	42
40. Critique.....	43
41. Approche spécifique pour les secteurs spéciaux.....	44
(2) Les procédures particulières	44
42. Au départ, il y avait la négociation	44
43. Le caractère exceptionnel de la procédure négociée.....	44
44. Le caractère impératif des documents du marché limite l'objet de la négociation et les soumissionnaires admis à négocier	45
45. L'exigence du nombre de candidats appropriés et l'obligation d'assurer une concurrence réelle	46
46. Les apports de la directive 2014/24/UE.....	46
(a) La procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation	47
47. La procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif : les cas d'application	47
48. La procédure concurrentielle avec négociation et le dialogue compétitif : éléments de différenciation	48
50. Éléments de comparaison sous forme de synthèse chronologique : les procédures concurrentielles avec négociation (PCN) et de partenariat d'innovation (PI).....	52
51. Éléments de comparaison sous forme de synthèse chronologique (suite) : les variables du dialogue compétitif (DC)	52
(b) La procédure négociée sans publicité préalable.....	53
52. Permanence	53
53. Les hypothèses de procédures négociées sans publicité sous l'empire de la directive 2004/18/CE	53
54. Les raisons techniques imposant le recours à un seul opérateur économique déterminé	54
55. L'urgence impérieuse	56
56. Les offres inappropriées	56
57. Le marché de service attribué suite à un concours.....	57
58. Les travaux ou services complémentaires.....	57
59. Les travaux et services similaires (marchés reconductibles)	57
60. Les précisions apportées par la directive 2014/24/UE.....	58
61. Les précisions apportées par la directive 2014/25.....	58
II. Conclusions	59

I. Le champ d'application du droit européen des contrats publics (marchés publics et concessions) et les opérations immobilières	1
A. Un contrat écrit, un arrangement et autres accords, ou un ensemble contractuel	4
B. Le(s) objet(s) et le(s) contrepartie(s)	13
(1) Le(s) objet(s)	13
(2) Le(s) contrepartie(s)	28
II. Les modes de passation.....	35
A. Les distinctions structurantes : le choix des participants et le choix des offres.....	35

B. Les modes de passation	42
(1) Les procédures ordinaires.....	42
(2) Les procédures particulières	44
II. Conclusions	59