

# La notion de « marché public » : éléments transversaux et matériels

PIERRE NIHOUL

Juge à la Cour constitutionnelle  
Professeur invité à la Faculté de Droit de l'UCL

## Introduction

Aux termes de l'article 1<sup>er</sup>, 2, a), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services<sup>(1)</sup>, les marchés publics « sont des contrats à titre onéreux conclus 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 ». Pour sa part, l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, actuellement toujours en vigueur, plutôt que de retranscrire cette définition générique, énumère et définit les différentes catégories de marchés publics en fonction de leur objet; il en va de même de l'article 3 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Le marché public se définit donc par un triptyque : en premier lieu, deux éléments transversaux – un contrat qui est à titre onéreux –; en deuxième lieu, l'identification des cocontractants potentiels – opérateur économique et pouvoir adjudicateur –; en troisième lieu, l'énumération des prestations – travaux, fournitures et services.

Cette contribution entend aborder les éléments transversaux et matériels de la notion de marché public. Pour ce qui est des éléments personnels,

nous nous permettons de renvoyer à notre étude récente consacrée aux relations entre la décentralisation fonctionnelle et notamment le droit des marchés publics<sup>(2)</sup>.

## I. – Les éléments transversaux

Deux éléments communs aux différentes catégories de marchés publics se dégagent de leur définition et permettent de différencier le marché public d'autres figures juridiques : il doit y aller d'un « contrat » qui est « à titre onéreux ».

### A. – UN CONTRAT

« La notion de contrat est essentielle dans le cadre de la définition du champ d'application de la directive 2004/18 »<sup>(3)</sup>.

Ce premier critère d'identification a pour effet d'exclure du droit des marchés publics d'autres catégories d'activités incombant aux autorités publiques comme certains actes unilatéraux (1) et suppose la rencontre de deux volontés distinctes (2).

Une précision préalable s'impose. Le droit communautaire développe une conception autonome de cette notion, la qualification retenue en droit interne n'étant pas pertinente aux fins de juger si l'opération relève ou non du champ d'application des directives<sup>(4)</sup>. Il faut donc s'abstraire, dans le droit des marchés publics, de la notion civiliste de contrat.

(1) *J.O.U.E.*, n° L 134 du 30 avril 2004, pp. 1 et s. Voy. aussi l'article 1<sup>er</sup>, 2, a), de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, *J.O.U.E.*, n° L 134 du 30 avril 2004, pp. 114 et s.

(2) P. NIHOUL, « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'État et des marchés publics », in *Le paraétatisme*, Bruxelles, La Charte, 2010, pp. 163 à 179.

(3) C.J.U.E., 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, C-451/08, pt 46.

(4) C.J.C.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, C-264/03, pt 36; 18 juillet 2007, *Commission c. Italie*, C-382/05, pt 30; 18 décembre 2007, *Empresas*, C-220/06, pt 50; 21 février 2008, *Commission c. Italie*, C-412/04, pt 71; 29 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-536/07, pt 53.

## 1. – Exclusion d'actes unilatéraux

### a) La dévolution unilatérale par voie législative ou réglementaire

Le droit des marchés publics ne s'applique pas lorsqu'un organisme public fournit des prestations en exerçant ses propres compétences, directement tirées de la loi et attribuées par celle-ci, et ce, même en présence d'un mécanisme de financement de telles prestations<sup>(5)</sup>. Dans ce cas, ces compétences ne lui ont pas été confiées par le biais d'un contrat conclu avec un pouvoir adjudicateur.

De manière plus générale, les entités dites institutionnelles, soit celles qui exercent des missions conférées par un acte unilatéral de puissance publique, qu'il soit législatif ou réglementaire, échappent en principe au droit des marchés publics, peu importe qu'un contrat en modalise ou non les conditions d'exercice ou les modes de financement<sup>(6)</sup>.

L'octroi par ce biais à un organisme d'un service d'intérêt économique général, voire de droits spéciaux ou exclusifs, n'est pas illicite mais peut conduire à une violation des règles européennes de droit de la concurrence<sup>(7)</sup>.

Cette exonération de principe des dévolutions à un organisme de prestations spécifiques par un acte unilatéral de puissance publique de nature législative ou réglementaire doit toutefois être nuancée au regard de deux éléments :

#### 1. Les fausses dévolutions unilatérales

Tout comme il y a des « faux contrats », il faut également se méfier des « fausses » dévolutions unilatérales qui dissimulent en réalité des mécanismes contractuels.

Ainsi, en Région wallonne, la SOFICO a été créée par un décret du 10 mars 1994, lequel lui confie le financement, la réalisation et la gestion de certaines infrastructures d'intérêt régional dont la liste peut être complétée par le Gouvernement wallon et prévoit un statut de société de droit public dont le capital social peut être souscrit par des personnes publiques ou privées, la Région wallonne détenant au minimum 51% de ce capital.

La décision de confier à la SOFICO cette mission revêtant un caractère unilatéral, celle-ci ne relève pas du droit des marchés publics en l'absence de contrat. Toutefois, dans une mise en demeure du 19 février 2009, la Commission européenne a considéré que « tout le mode de fonctionnement de la SOFICO montre qu'il existe dans les faits une relation contractuelle entre la Région wallonne et la SOFICO ». Et la Commission de se baser sur le contrat de gestion, la convention de partenariat entre les titulaires de titres en capital et l'accord portant sur l'utilisation par la SOFICO des services techniques du Gouvernement wallon. Elle conclut à l'existence de contrats à titre onéreux passés entre un pouvoir adjudicateur, la Région, et un opérateur économique, la SOFICO, portant sur des travaux, de sorte que la Région wallonne, en confiant cette mission à la SOFICO, lui a octroyé pour chacune des infrastructures concernées, des marchés publics de travaux ! Cette mise en demeure est restée sans suite en raison de la modification décrétalement intervenue par après, à savoir le décret du 10 décembre 2009, qui a supprimé la présence de partenaires privés dans le capital social, la SOFICO devenant ainsi en tout état de cause un opérateur *in house*.

#### II. Le respect des principes généraux

Par ailleurs, si l'attribution de la gestion d'une activité déterminée par la voie législative ou réglementaire à un opérateur public ou mixte ne tombe pas en principe dans le champ d'application des directives marchés publics, celle-ci n'est-elle pas tenue néanmoins de respecter les principes généraux issus du droit communautaire primaire, à savoir les principes d'égalité de traitement et de transparence, ce qui revient à exiger l'organisation d'une procédure de mise en concurrence ou, à tout le moins, d'une procédure d'attribution objective et non discriminatoire ?

Ces principes généraux ont, il est vrai, été avancés par la Cour à l'occasion d'affaires mettant en cause des contrats, c'est-à-dire, d'une part, des marchés publics non soumis aux directives – soit les marchés dont la valeur se situe sous les seuils financiers européens et les marchés portant sur les services non prioritaires – et, d'autre part, des

(5) C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Commission c. Irlande*, C-532/03 (en l'occurrence, il s'agissait de services de transport d'urgence en ambulance).

(6) Voy., en Belgique, les contrats de gestion conclus entre l'État, les Régions ou les Communautés et certaines entreprises publiques ou les contrats d'administration conclus entre l'État et les organismes publics de sécurité sociale.

(7) Voy. P. NIHOUL, « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'État et des marchés publics », *op. cit.*, pp. 222 à 238.

contrats qui ne relèvent pas des directives marchés publics, à savoir les concessions de services. Et on peut penser que d'autres contrats sont dans la ligne de mire du juge européen, comme les concessions domaniales<sup>(8)</sup>.

Ces principes ne valent-ils pas également dans l'hypothèse où une activité économique est attribuée à un opérateur par un acte unilatéral de l'autorité?

La section de législation du Conseil d'État estime que tel est le cas<sup>(9)</sup>. Elle s'appuie à cet effet sur l'arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005 (C-458/03), dans lequel la Cour de justice a jugé que « l'application des articles 12 CE, 43 CE et 49 CE, ainsi que les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui y sont associés, ne dépendent pas de l'existence d'un contrat », sur la communication interprétative du 29 avril 2000 de la Commission sur les concessions en droit communautaire ainsi que sur l'article 106 (ex-art. 86), §1<sup>er</sup>, du TFUE. Elle relève toutefois que l'exception *in house* peut faire obstacle à l'application des articles 12, 43 et 49 CE (art. 12, 49 et 56 TFUE) ainsi qu'aux principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui y sont associés. Elle en conclut que l'attribution de missions de nature économique par voie législative à une société d'économie mixte est conforme aux règles fondamentales du Traité.

La Cour de justice ne nous paraît pas encore avoir franchi le pas en matière de dévolution législative et réglementaire. Par contre, la Cour de justice exige depuis longtemps que ces principes soient respectés dans le cadre de la dévolution unilatérale qui prend la forme d'un acte individuel, soit une autorisation administrative préalable. Selon une jurisprudence constante, pour qu'un régime d'autorisation administrative préalable soit justifié, alors même qu'il déroge aux libertés fondamentales économiques et qu'il poursuit des objectifs légitimes reconnus, il doit être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pou-

voir d'appréciation des autorités nationales afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire<sup>(10)</sup>.

Si donc l'obligation de transparence joue quel que soit le mode de sélection des opérateurs, elle ne vaut qu'à l'égard des modes individuels, qu'ils soient unilatéraux ou contractuels.

#### b) *Les faux contrats*

L'existence d'un contrat ferait également défaut dans l'hypothèse où l'accord conclu entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur serait en réalité un acte administratif unilatéral édictant des obligations à la seule charge de l'opérateur et qui se départirait sensiblement des conditions normales de l'offre commerciale de cette société<sup>(11)</sup>. En quelque sorte, le contrat présente, dans cette hypothèse, un caractère non pas contractuel mais purement instrumental.

L'obligation de contracter dans le chef du prestataire exclut-elle nécessairement la qualification de contrat? Dans un premier arrêt, la Cour a jugé que si une société d'État « ne dispose d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par les autorités compétentes en cause ni quant au tarif applicable à ses prestations, [...] la condition d'applicabilité des directives concernées relative à l'existence d'un contrat ne serait pas remplie »<sup>(12)</sup>. Dans un second arrêt, le juge européen a considéré que « le seul fait que cette société [publique] ne dispose d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par [une administration] ni quant au tarif applicable à ses prestations, ne saurait avoir automatiquement pour conséquence qu'aucun contrat n'a été conclu entre ces deux entités »<sup>(13)</sup>.

Comment concilier ces deux arrêts? En raison, semble-t-il, de la différence de contexte factuel : dans le premier arrêt, la société d'État n'avait pas de clients autres que ses associés publics, prestant ses services de manière exclusive à leur égard, et devait donc être considérée comme un « moyen

(8) Pour plus d'informations, voy. P. NIHOUL, « Le principe d'égalité dans les marchés et les contrats publics », in *Liber Amicorum Robert Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 497 à 530.

(9) Avis n° 42.982/4 du 25 juin 2007 sur un avant-projet d'ordonnance portant organisation des transports publics desservant des lieux d'intérêt touristique dans la Région de Bruxelles-Capitale, *Doc. parl.*, Parl. Région de Bruxelles-Capitale, 2007-2008, n° A-444/1, p. 19; avis n° 45.966/4 du 25 février 2009 sur un avant-projet de décret modifiant le décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures, *Doc. parl.*, Parl. wall., 2008-2009, n° 954/1, p. 11.

(10) Voy., pour des arrêts récents, les arrêts du 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, pts 46 à 49; 8 septembre 2010, *Carmen Media Group*, C-46/08, pt 86; 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08, pts 52 à 55.

(11) C.J.C.E., *Empresas*, précité, pts 54 et 85.

(12) C.J.C.E., 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05, pt 54.

(13) C.J.C.E., *Empresas*, précité, pt 53.

instrumental et service technique de l'administration»; dans la seconde affaire, la clientèle de la société publique postale, dépositaire du service postal universel, était composée non seulement d'administrations, associées ou non, mais aussi de toute personne, privée ou publique, souhaitant faire appel au service postal universel, cette société étant contrainte d'effectuer ce service à des tarifs transparents et non discriminatoires. Il est permis d'en déduire que selon le droit communautaire des marchés publics, en dehors d'une relation exclusive obligatoire, soit une relation *in house*, comme dans la première affaire, l'obligation de contracter n'est pas en soi évasive de la notion de contrat. Quels critères d'appréciation retenir? Il revient aux juridictions internes d'examiner si l'opérateur « dispose de la capacité de négocier avec le [pouvoir adjudicateur] le contenu concret des prestations à fournir ainsi que les tarifs applicables à ces dernières et si cette société a, en ce qui concerne les services non réservés, la faculté de se libérer des obligations découlant de l'accord de collaboration, moyennant le respect du préavis prévu par celui-ci » (pt 55). En cas d'obligation de contracter, la qualification de contrat n'est donc pas exclue à la double condition cependant qu'il subsiste une certaine marge de négociation et une possibilité de sortir de la relation contractuelle.

En réalité, à travers ces arrêts, la Cour remet en question l'approche traditionnelle de la notion de contrat au travers d'une analyse plus fonctionnelle, oserait-on dire plus utilitariste. La présence d'un *instrumentum* contractuel n'exclut pas la dissimulation d'un acte unilatéral, dispensant dans ce cas de l'application du droit communautaire des marchés publics. Inversement, l'existence formelle d'un acte unilatéral peut cacher la présence d'un contrat; ainsi, une autorisation unilatérale qui contiendrait des obligations réciproques pourrait être requalifiée en contrat.

#### c) *Les accords-cadres*

Un accord-cadre ne prévoit pas lui-même des prestations, lesquelles ne sont établies concrètement que par les marchés spécifiques subséquents. Nonobstant cette réalité et l'absence de disposition

à cet égard dans les directives « secteurs classiques » de la deuxième génération, l'accord-cadre doit être considéré, aux yeux de la Cour de justice, comme un contrat dans la mesure où il confère une unité aux divers marchés spécifiques qu'il régit<sup>(14)</sup>. Cette solution prétorienne a été intégrée dans les articles 1<sup>er</sup>, §5, et 32 de la directive 2004/18/CE et dans les articles 3, 15<sup>o</sup> et 32 de la loi du 15 juin 2006.

#### d) *Les subventions*

Échappent au droit des marchés publics, en raison de leur caractère unilatéral, les subventions, primes et autres aides financières unilatérales du même type.

Encore faut-il qu'il s'agisse de vraies subventions et non de marchés publics déguisés! La précision est importante mais la frontière entre les deux figures juridiques n'est pas toujours aisée à tracer.

Comment distinguer une subvention d'un marché public<sup>(15)</sup>?

La subvention est une contribution financière d'un pouvoir public ou d'un organisme public à une opération qui présente un caractère d'intérêt général mais qui est initiée et menée par un tiers pour répondre à des besoins que celui-ci a préalablement définis et dont le montant est fixé unilatéralement par le pouvoir public sans représenter la contrepartie exacte de la prestation soutenue. Le marché public tend pour sa part à rencontrer un besoin d'un pouvoir public dont il a pris l'initiative et moyennant un prix qui représente la contrepartie exacte du service rendu. Les critères distinctifs sont donc l'initiative de l'opération et la détermination de même que la portée de l'intervention publique.

Dans la réalité, ces deux techniques sont parfois confondues par les pouvoirs publics. Or, le caractère hybride d'un mécanisme où s'entremêlent le procédé du marché public et celui de la subvention ne peut être admis dans la mesure où le pouvoir public concerné ne peut s'exonérer, par une telle figure juridique qui s'apparente à l'attribution déguisée d'un marché public, de l'application de la législation sur les marchés publics<sup>(16)</sup>.

(14) C.J.C.E., 4 mai 1995, *Commission c. Grèce*, C-79/94, pt 15; 29 novembre 2007, *Commission c. Italie*, C-119/06, pts 42 à 45.

(15) Voy. également D. RENDERS, *Les subventions*, Bruxelles, Bruylant, 2011, à paraître.

(16) Voy., sur la comparaison tant juridique que financière de ces deux techniques et les difficultés rencontrées dans la gestion administrative, plusieurs cahiers d'observations récents, notamment le 162<sup>e</sup> (17<sup>e</sup>) Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes au Parlement wallon (fasc. I<sup>er</sup>), (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2005-2006, n° 293/1, pp. 48 et s.) le 163<sup>e</sup> (18<sup>e</sup>) Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes au Parlement wallon (fasc. I<sup>er</sup>), (*Doc. parl.*, Parl. wall., 2006-2007, n° 482/1,

## 2. – Deux personnes distinctes

La notion de contrat implique la rencontre de deux volontés distinctes et donc de deux personnes distinctes. Pour que la législation relative aux marchés publics s'applique, « il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de ce dernier, que cette entité soit elle-même un pouvoir adjudicateur ou non »<sup>(17)</sup>. Le droit des marchés publics englobe donc les relations contractuelles non seulement entre un pouvoir adjudicateur et un opérateur privé mais aussi entre des personnes de droit public.

N'est dès lors pas conforme aux directives « matières » une législation nationale qui exclut *a priori* du champ d'application du droit des marchés publics les relations contractuelles entre les administrations publiques, leurs organismes publics et, d'une manière générale, les entités de droit public non commerciales, quelle que soit la nature de ces relations<sup>(18)</sup>.

Il y a quatre exceptions à ce principe qui a pour effet d'embrasser et d'intégrer largement dans le droit des marchés publics les relations inter-administratives des pouvoirs publics. Nous les passons successivement en revue ci-après. Pour ce qui est des implications concrètes de ce principe et de ces exceptions sur les modes de gestion des pouvoirs publics, plus particulièrement dans leurs relations avec les services décentralisés et autres organismes qu'ils ont créés, et sur les modes d'organisation des services publics décentralisés, nous renvoyons à notre étude récente sur le sujet<sup>(19)</sup>.

### a) Une première exception : les droits spéciaux ou exclusifs

L'article 18 de la directive 2004/18/CE, repris de l'article 6 de la directive 92/50/CEE (services), exclut de son champ d'application les commandes de services à des pouvoirs adjudicateurs bénéficiant de droits spéciaux et exclusifs (voy. loi du 24

décembre 1993, art. 3, §2; loi du 15 juin 2006, art. 17, §2).

Cette exception connaît trois limites.

#### i. Première limite – les marchés de services

Les directives 93/37/CEE et 93/36/CEE et la directive 2004/18/CE ne contenant pas de disposition comparable pour les marchés de travaux ou de fournitures, un pouvoir adjudicateur n'est pas dispensé de les respecter lorsqu'il envisage de conclure un tel marché avec un second pouvoir adjudicateur, ce qui n'affecte pas d'ailleurs l'obligation pour ce dernier d'appliquer à son tour lesdites procédures de passation de marché en cas de sous-traitance du marché.

Ne peut-on à cet égard tirer argument, pour s'exonérer du droit des marchés publics, précisément de cette obligation qui pèse sur le prestataire public dans la mesure où celle-ci permet d'assurer une concurrence effective dans l'exécution du marché dans l'hypothèse du moins où la valeur totale du marché est sous-traitée? La Cour n'a pas retenu cette thèse en raison de l'argument de texte et eu égard au fait qu'en cas de recours par le prestataire public à des sous-traitants, la valeur de chacun des lots du marché global peut être inférieure aux seuils européens de sorte que « par la mise en place d'une série de marchés successifs, l'application de la directive pourrait être contournée »<sup>(20)</sup>.

#### ii. Deuxième limite – un droit exclusif

Cette exception ne trouve à s'appliquer que s'il existe des dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées qui confèrent à l'attributaire un droit exclusif ou spécial portant sur l'objet du marché attribué<sup>(21)</sup>.

#### iii. Troisième limite – le droit de la concurrence

La disposition attributive du droit exclusif ou spécial doit être compatible avec le traité, ce qui inclut le droit communautaire dérivé.

pp. 35 à 40 et pp. 40 à 48), ainsi que le 19<sup>e</sup> Cahier d'observations adressé par la Cour des comptes au Parlement wallon (tasc. 1<sup>er</sup>), (Doc. parl., Parl. wall., 2007-2008, n° 667/1, p. 21).

Pour des exemples, voy. P. NIHOUL, « Les marchés publics et les œuvres d'art », in *L'art et le droit*, coll. Jeune barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 183 à 185.

(17) C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, pts 50-51; 8 mai 2003, *Commission c. Espagne*, C-349-97, pt 204; 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, pt 47; 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, C-84/03, pt. 38; 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, pts 57-58; 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, pt 33; ordonnance du 17 avril 2008, *Termoraggi*, C-323/07, pt 18; 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, C-480/06, pt 33.

(18) C.J.C.E. 13 janvier 2005, *Commission c. Espagne*, précité, pts 39-40.

(19) P. NIHOUL, « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'État et des marchés publics », *op. cit.*, pp. 198 à 215.

(20) C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Aurox*, C-220/05, pts 59 à 62 et 65 à 67.

(21) C.J.C.E., *Termoraggi*, précité, pts 23 à 25.

Dans les secteurs qui font l'objet d'une libéralisation progressive et contrôlée, les directives applicables déterminent, par étapes successives, les services qui peuvent encore être réservés et ceux qui ne le sont pas ou plus. Une réglementation nationale qui conférerait à un opérateur public, qui a la qualité de pouvoir adjudicateur, un droit exclusif de fournir un service non réservé irait à l'encontre d'une telle directive, les États membres n'ayant pas la faculté d'élargir à leur gré les services réservés, et serait donc incompatible avec le traité.

La Cour ajoute une précision importante : cette incompatibilité concerne non seulement une « réservation horizontale », c'est-à-dire la réservation d'un certain service en tant que tel, mais aussi une « réservation verticale », soit la prestation exclusive de certains services pour certains clients, tels que les administrations. En effet, l'application d'une telle disposition signifierait que, en pratique, les services en question requis par une entité publique sont fournis par l'opérateur public à l'exclusion de tout autre opérateur<sup>(22)</sup>. Un lien est ainsi noué entre les directives marchés publics et les directives de libéralisation en ce sens que l'exonération du droit exclusif prévue en matière de marchés publics de services correspond au champ du droit exclusif tel que fixé par la directive concernée.

#### b) Une deuxième exception : les opérations internes sensu stricto au pouvoir adjudicateur

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur recourt, pour accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent, à ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, « il ne peut pas être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur » de sorte qu'« il n'y a pas lieu d'appliquer les règles communautaires en matière de marchés publics »<sup>(23)</sup>. Le critère identificateur d'une telle opération est l'absence de distinction sur le plan formel de l'entité prestataire par rapport au pouvoir adjudicateur.

(22) C.J.C.E., *Empresas*, précité, pts 64 à 68.

(23) C.J.C.E., *Stadt Halle*, précité, pt 48; *Parking Brixen*, précité, pt 61.

(24) C.J.C.E., *Teckal*, précité, pt 50; 7 décembre 2000, *ARGE*, C-94/99; 8 mai 2003, *Commission c. Espagne*, C-349/97; *Stadt Halle*, précité, pt 49; 13 janvier 2005, précité, pt 38; *Parking Brixen*, précité, pt 58; 20 octobre 2005, *Commission c. France*, C-264/03, pt 50; 10 novembre 2005, précité, pt 34; 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, pt 24; *Carbotermo*, précité, pt 33; *Auroux*, précité, pt 63; 19 avril 2007, *Asemfo*, C-295/05, pt 55; *Empresas*, précité, pts 58 et 86; 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, C-337/05, pt 36; *Termoraggi*, précité, pt 18; 17 juillet 2008, *Commission c. Italie*, C-371/05, pt 22; 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, C-324/07, pt 26; 9 juin 2009, précité, pt 34; 10 septembre 2009, *Sea Srl*, C-573-07, pts 36 et 40; 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, C-196/08, pt 51.

(25) C.J.C.E., *Stadt Halle*, précité, pt 46; *Parking Brixen*, précité, pt 63; *ANAV*, précité, pt 26.

#### c) Une troisième exception : les opérations in house ou intégrées

Après en avoir rappelé les éléments constitutifs (I), il importe d'en cerner les principes d'interprétation (II), de détailler le contenu des critères de l'exception (III) et d'apporter quelques précisions (IV).

##### I. Éléments constitutifs

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

La Cour a dégagé deux conditions constitutives de l'exception *in house* :

- un critère organique : l'autorité adjudicatrice doit exercer sur l'entité distincte en question un « contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services »;
- un critère fonctionnel : cette entité doit réaliser « l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent »<sup>(24)</sup>.

Est donc assimilé à une opération interne au pouvoir adjudicateur le contrat que celui-ci noue avec une entité certes distincte de lui au plan formel mais non autonome par rapport à lui au plan décisionnel et fonctionnel, cette entité lui étant dans ce cas entièrement « dédiée », voire « dévouée ».

##### II. Principes d'interprétation

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

- Tout d'abord, les deux conditions sont cumulatives.
- Ensuite, elles « doivent faire l'objet d'une interprétation stricte »<sup>(25)</sup> en tant qu'exception au principe de concurrence.
- Par ailleurs, « c'est à celui qui entend s'en prévaloir qu'incombe la charge de la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la déro-

gation auxdites règles existent effectivement»<sup>(26)</sup>.

### III. Contenu des critères

De manière générale, l'existence de ces deux conditions doit être appréciée en tenant « compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes »<sup>(27)</sup>. Il faut donc procéder à une évaluation globale, tant en droit qu'en fait, du « taux de contrôle » sur l'organisme cocontractant et de sa « dépendance fonctionnelle » à l'égard du pouvoir adjudicateur.

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

#### – Le critère organique : le contrôle analogue

Pour pouvoir être qualifié d'« analogue », le contrôle doit permettre au pouvoir adjudicateur d'exercer une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de l'entité cocontractante<sup>(28)</sup>.

Trois éléments d'évaluation retiennent l'attention :

1° Tout d'abord, l'intensité du contrôle sur l'organisme *in house* doit s'apprécier par rapport à l'ensemble de la gestion et des structures de l'opérateur et non eu égard au comportement particulier de ce dernier dans une procédure de passation d'un marché déterminé. L'évaluation de cette intensité revêt donc un caractère global.

2° Ensuite, il faut se référer aux pouvoirs de contrôle dont est investi le pouvoir adjudicateur tels qu'ils résultent des textes organiques et tels qu'ils peuvent s'exercer et non à la manière dont ce contrôle est effectivement exercé en pratique. L'accent est donc mis sur la capacité et la potentialité d'influence déterminante du pouvoir adjudicateur sur l'entité, qui sont des critères que l'on retrouve traditionnellement en droit des sociétés et en droit de la concurrence<sup>(29)</sup>.

3° Enfin, les circonstances pertinentes ont été définies comme ayant trait notamment à la détention du capital du cocontractant, à la composition de ses organes de gestion et à l'étendue des pouvoirs de son conseil d'administration<sup>(30)</sup>. Ainsi, le contrôle peut être qualifié d'analogue lorsqu'une commune nomme les membres des organes de direction de la société cocontractante, en fixe les frais de fonctionnement, désigne un fonctionnaire chargé d'orienter et de surveiller l'action de celle-ci et en contrôle la comptabilité<sup>(31)</sup>.

- Quant au capital : la détention par un ou des associés seulement publics de la totalité du capital du prestataire est un indice de l'existence d'un contrôle analogue, indice qui ne dispense toutefois pas de vérifier la consistance de ce contrôle<sup>(32)</sup>. Nous reviendrons plus loin sur l'impact d'une participation du secteur privé au capital du prestataire.
- Quant à la composition des organes de décision : la circonstance qu'ils sont composés de délégués des autorités publiques qui lui sont affiliées indique que ces dernières les maîtrisent.
- Quant aux pouvoirs des organes de décision : l'octroi de pouvoirs étendus à un tel organe peut remettre en cause l'existence d'un tel contrôle, l'entité considérée pouvant acquérir de ce fait une vocation de marché et une autonomie certaine l'affranchissant des autorités publiques affiliées.

#### Question particulière

Qu'en est-il lorsque l'opérateur revêt la forme d'une société commerciale?

Cette figure juridique est suspecte aux yeux de la Cour de justice car elle susceptible de conférer à l'entité considérée une certaine autonomie de gestion qui l'éloigne du « dévouement » dont elle doit faire preuve à l'égard du pouvoir adjudicateur.

En soi, la circonstance que l'entité adjudicataire ait pris la forme d'une société par actions n'exclut

(26) *Ibidem*.

(27) C.J.C.E., *Parking Brixen*, précité, pt 65; *Carbotermo*, précité, pt 36; 17 juillet 2008, précité, pt 24; *Coditel Brabant SA*, précité, pt 28.

(28) C.J.C.E., *Parking Brixen*, précité, pt 65; *Carbotermo*, précité, pt 36; 17 juillet 2008, précité, pt 24; *Coditel Brabant SA*, précité, pt 30; 10 septembre 2009, précité, pt 65.

(29) Th. DELVAUX, « Le contrôle d'une société – Sens et contresens d'un concept polysémique », *J.T.*, 2007, p. 799, pts 42 et 43; S. CHAVAROCHE-BOUFFERET, « Application du droit communautaire des marchés publics et réorganisation administrative des personnes publiques », *A.J.D.A.*, p. 2148.

(30) C.J.C.E., 8 avril 2008, précité, pt 36; *Termoraggi*, précité, pt 18; 17 juillet 2008, précité, pt 22; *Coditel Brabant SA*, précité, pt 26.

(31) C.J.C.E., 17 juillet 2008, précité, pts 25 et 26.

(32) C.J.C.E., *Carbotermo*, précité, pt 37; *Empresas*, précité, pt 57; 17 juillet 2008, précité, pt 28; *Coditel Brabant SA*, précité, pts 31 et 32 à propos d'une intercommunale dont les affiliés sont des communes et une autre intercommunale sans affilié privé.

nullement l'existence d'un tel contrôle analogue<sup>(33)</sup>.

Toutefois, dans ce cas de figure, le critère du « contrôle analogue » implique en principe plus

- que « la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés »<sup>(34)</sup>,
- qu'une influence dominante au sens du droit des sociétés,
- que ce qui est exigé par les directives « matières » pour la qualification de certaines entités comme pouvoirs adjudicateurs<sup>(35)</sup>,
- ou que l'influence exercée par l'intermédiaire d'une société holding<sup>(36)</sup>.

En d'autres termes, la Cour est plus attentive à l'effectivité de ce contrôle en ayant égard notamment à la législation applicable, ce qui est le cas lorsque la législation nationale reprend textuellement le libellé des conditions constitutives de l'exception *in house*, à la vocation de marché de cette entité, ce qui requiert d'examiner la portée géographique et matérielle des activités de cette société ainsi que la possibilité – qui doit demeurer accessoire – de nouer des relations avec le secteur privé, et aux mécanismes de contrôle prévus par les statuts de cette société, lesquels peuvent consister en des structures décisionnelles particulières qui se superposent à l'assemblée générale et au conseil d'administration, qui disposent de larges pouvoirs de contrôle et de décision restreignant ainsi l'autonomie décisionnelle des organes ordinaires et qui sont composées des délégués des collectivités actionnaires<sup>(37)</sup>. Il peut aussi être utile de prévoir dans ce cas des dispositions qui réservent au(x) pouvoir(s) public(s) actionnaire(s) un pouvoir spécifique de contrôle ou un droit de vote particulier de nature à restreindre la liberté d'action des organes de gestion de ladite société.

Ce faisant, la Cour adopte une position très en pointe et énonce une condition plus stricte que le critère retenu en droit de la concurrence (« le pouvoir d'influence décisive ») pour apprécier des situations telles que les ententes, les abus de position dominante ou les concentrations<sup>(38)</sup>!

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

Tel est le cas d'une commune à l'égard d'une de ses entreprises spéciales lorsque le conseil communal fixe l'orientation générale, attribue le capital de dotation, assure la couverture d'éventuels coûts sociaux, vérifie les résultats de la gestion et exerce la supervision stratégique; en revanche, le contrôle de la commune devient précaire aux yeux de la Cour lorsque cet organisme communal se transforme en une société par actions vu « la nature de ce type de société », société dont l'objet social est élargi à de nouveaux domaines importants, dont le capital doit obligatoirement être ouvert à court terme à d'autres capitaux, dont le domaine territorial d'activités est élargi à l'ensemble du pays ainsi qu'à l'étranger et dont le conseil d'administration possède de très amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome<sup>(39)</sup>. De même, une participation d'une commune à hauteur de 0,97% dans le capital d'une intercommunale a été jugée « tellement faible qu'elle n'est pas de nature à permettre un tel contrôle »<sup>(40)</sup>.

On note toutefois une évolution récente dans le sens d'un certain assouplissement<sup>(41)</sup>. D'une part, la Cour a recouru à un faisceau d'indices concluant à ce que la marge d'autonomie reconnue au conseil d'administration de l'intercommunale n'excluait pas l'exercice d'un contrôle analogue de la part des communes associées : sa constitution sous la forme non d'une société anonyme mais d'une société coopérative; l'absence de caractère commercial résultant de la loi belge; son objet social centré vers les missions d'intérêt communal. D'autre part, une précision importante est apportée : « S'agissant d'un organe collégial, la procédure utilisée pour la prise de décision, notamment le recours à la majorité, est sans incidence ». La prise de décision à la majorité dans l'organe de direction de l'entité n'exclut donc pas l'existence

(33) C.J.C.E., *Sea Srl*, précité, pt 41.

(34) C.J.C.E., *Parking Brixen*, précité, pt 69; *Carbotermo*, précité, pt 38.

(35) Concl. av. gén. sous arrêt *Stadt Halle*, précité, pt 78.

(36) C.J.C.E., *Carbotermo*, précité, pt 38.

(37) C.J.C.E., *Sea Srl*, précité, pts 64 à 89.

(38) Th. DELVAUX, « Le contrôle d'une société – Sens et contresens d'un concept polysémique », *op. cit.*, p. 803, pts 61 et 65.

(39) C.J.C.E., *Parking Brixen*, précité.

(40) C.J.C.E., *Coname*, précité, pt 24.

(41) C.J.C.E., *Coditel Brabant SA*, précité; *Sea Srl*, précité.

d'un contrôle analogue dans le chef d'une autorité publique, même dans le cas où celle-ci est mise en minorité, dès lors que le contrôle analogue doit être apprécié au regard de l'ensemble des autorités publiques.

– *Le critère fonctionnel : l'essentiel des activités*

L'entité pressentie comme adjudicataire doit exercer l'essentiel de ses activités pour le pouvoir adjudicateur. Le rapport organique étroit qui l'unit à ce pouvoir doit donc se doubler d'une quasi-exclusivité fonctionnelle au profit de ce dernier.

Quelle est la *ratio legis* de cette exigence? Elle « a particulièrement pour objet de garantir que la directive demeure applicable dans le cas où une entreprise contrôlée par une ou plusieurs collectivités est active sur le marché, et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises. En effet, une entreprise n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs »<sup>(42)</sup>. Le souci est donc de préserver la concurrence, ce qui ne se justifie que s'il y en a.

Quelle est la mesure de l'« essentiel »?

Les critères restent flous : il faut que les prestations de cette entreprise soient « principalement », voire « substantiellement » destinées à cette seule collectivité, toute autre activité ne pouvant revêtir qu'un caractère marginal. Pour le surplus, « pour évaluer si tel est le cas, le juge compétent doit prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives que quantitatives »<sup>(43)</sup>. L'imprécision reste donc de mise, ce qui contribue à rendre peu prévisible le champ d'application de l'exception *in house*.

La Cour a néanmoins apporté l'une ou l'autre précision utile :

1. Il ne saurait être fait application des dispositions de la directive « secteurs spéciaux » relatives aux marchés passés entre une entité adjudicatrice et une entreprise liée (pour rappel, 80% du chiffre d'affaires moyen des trois dernières années)<sup>(44)</sup>.

2. Faut-il prendre en compte le seul chiffre d'affaires réalisé avec la collectivité publique qui la

détient ou celui réalisé sur le territoire de cette collectivité? « Le chiffre d'affaires déterminant est celui que l'entreprise en question réalise en vertu des décisions d'attribution prises par la collectivité de tutelle, y compris celui réalisé avec des utilisateurs en exécution de telles décisions », et ce, indépendamment de l'identité du bénéficiaire – le pouvoir adjudicateur lui-même ou l'utilisateur des prestations –, de l'origine de la rémunération de l'entreprise concernée – la collectivité qui la détient ou les tiers usagers de prestations –, et du territoire sur lequel lesdites prestations sont fournies<sup>(45)</sup>.

La mise en œuvre de ce critère nécessite donc d'identifier d'abord les missions confiées par le pouvoir adjudicateur à l'opérateur, et ce sans avoir égard à d'autres éléments, et ensuite ce qu'elles représentent comme part dans l'ensemble des prestations de l'opérateur.

3. En fin de compte, il faudra vérifier que l'opérateur consacre la quasi-totalité de son activité (par exemple 90%) aux commandes passées par la ou les collectivités actionnaires ou propriétaires, la diversification de son activité ne pouvant être que marginale.

Ainsi ne satisfait pas à cette condition le droit exclusif attribué à une société publique de fournir aux administrations publiques les services relevant de son objet social, en l'occurrence des services postaux, dès lors que cette société se trouve, du moins pour les services non réservés, en concurrence avec d'autres entreprises postales sur le marché en cause et peut fournir d'autres clients que les administrations publiques<sup>(46)</sup>.

#### IV. Précisions et conséquences

– *Quid des partenariats public-public?*

Si l'exception *in house* concerne les relations contractuelles entre un pouvoir adjudicateur et une entité qu'il détient intégralement<sup>(47)</sup>, elle s'applique également à un opérateur détenu entièrement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Le partenariat public-public n'est donc pas exclu par principe de cette exception.

Mais l'existence de seuls associés publics, si elle est un indice, ne suffit pas pour autant à qualifier le

(42) C.J.C.E., *Carbotermo*, précité, pts 60 et 61 ; *Asemfo*, précité, pt 62.

(43) C.J.C.E., *Carbotermo*, précité, pts 62 à 64.

(44) *Ibidem*, pts 51 à 55.

(45) *Ibidem*, pts 65 à 67.

(46) C.J.C.E., *Asemfo*, précité, pts 61 et 62.

(47) C.J.C.E., *Teckal*, précité ; *ANAV*, précité.

contrat d'opération intégrée. Il faut en outre que les deux conditions précitées soient remplies *in concreto*. La question se pose alors de savoir à l'égard de quel associé ces critères doivent être rencontrés? Sur ce point, la Cour a précisé que les critères de contrôle analogue et de l'essentiel des activités peuvent être appréciés au regard de l'ensemble des autorités adjudicatrices qui détiennent cet opérateur<sup>(48)</sup>.

En effet, si le contrôle doit être analogue, il ne doit pas être « identique en tous points à celui-ci ». Et s'il doit être effectif, « il n'est pas indispensable qu'il soit individuel » : « exiger que le contrôle [...] soit individuel aurait pour effet d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une autorité publique entendrait s'affilier à un groupement composé d'autres autorités publiques, tel qu'une société coopérative intercommunale », ce qui n'est pas conforme aux règles communautaires relatives aux marchés publics selon lesquelles les autorités peuvent recourir, y compris en collaboration avec d'autres autorités, à leurs propres moyens pour accomplir leurs missions de service public<sup>(49)</sup>.

Trois conséquences en découlent :

- il n'y a pas lieu d'envisager ces deux critères uniquement dans le chef du ou des seuls pouvoirs adjudicateurs concernés par le marché public en cause, ce qui aurait sinon conduit à qualifier l'opération tantôt de relation *in house* tantôt de marché public selon le statut des associés;
- il n'est pas non plus requis, pour que le contrôle soit considéré comme « analogue », que la majorité du capital de l'organisme soit aux mains d'une seule des personnes publiques associées qui détiendrait de la sorte un contrôle « déterminant » sur l'entité. Le contrôle public peut ainsi être dilué sans constituer pour autant un obstacle à son effectivité;
- la circonstance que le pouvoir adjudicateur devienne ou soit un actionnaire minoritaire de l'entité adjudicataire n'empêche pas l'existence d'un contrôle analogue dès lors que celui-ci doit

être apprécié dans le chef de l'ensemble des actionnaires publics<sup>(50)</sup>.

L'évolution est significative depuis l'arrêt *Teckal* et ses premiers prolongements jurisprudentiels : ainsi, une participation d'une commune à hauteur de 0,97 % dans le capital d'une intercommunale avait été jugée « tellement faible qu'elle n'est pas de nature à permettre un tel contrôle »<sup>(51)</sup>. L'ouverture de l'exception *in house* à la coopération publique pure est ainsi confirmée et en des termes qui laissent présager qu'il ne s'agit pas d'arrêts d'espèce mais de principe. Il faut toutefois garder à l'esprit que cette ouverture n'est pas un blanc seing donné à l'avance au partenariat public-public : l'exception ne joue en effet que si un cadre juridique spécifique établit une relation réelle de dépendance et de subordination organique et fonctionnelle permettant ainsi l'exercice d'un contrôle analogue par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Se fier à la seule structure capitalistique de l'organisme, si elle permettait d'exclure les structures mixtes, présentait en effet certains inconvénients : d'abord, la propriété du capital social peut évoluer; ensuite, celle-ci ne rend pas suffisamment compte de la marge d'action éventuelle de l'entité sur le marché.

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

À neuf reprises<sup>(52)</sup>, la Cour a jugé que les directives marchés publics ou, à défaut, les principes fondamentaux du traité, tels que les articles 49 et 56 TFUE (ex-articles 43 et 49 CE), doivent toujours être appliqués dans une telle hypothèse. En d'autres termes, le critère du contrôle analogue est par principe exclu à l'égard des sociétés d'économie mixte, soit des organismes ouverts en partie au capital privé, fût-ce à titre tout à fait minoritaire. La présence de partenaires privés est jugée rédhibitoire.

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

(48) C.J.C.E., *Carbotermo*, précité; *Asemfo*, précité, pts 59-60 et 62 (il s'agissait d'une société d'État espagnole détenue à 99 % par l'État et à 1 % par quatre communautés autonomes et qui réalisait 55 % de son activité avec les communautés autonomes et 35 % avec l'État); 17 juillet 2008, précité, pt 28; *Coditel Brabant SA*, précité, pts 31 et 32 (à propos d'une intercommunale dont les affiliés sont des communes et une autre intercommunale sans affilié privé).

(49) C.J.C.E., *Coditel Brabant SA*, précité; *Sea Srl*, précité, pts 54 à 63.

(50) *Ibidem*, pts 54 à 63.

(51) C.J.C.E., 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, pt 24.

(52) C.J.C.E., *Stadt Halle*, précité, pts 49-52; *Coname*, précité, pt 26; 10 novembre 2005, précité, pts 43-50; *ANAV*, précité, pt 31; *Auroux*, précité, pt 64; 8 avril 2008, précité, pts 38 à 41; *Coditel Brabant SA*, précité, pt 30; *Sea Srl*, précité, pt 46; 15 octobre 2009, précité, pt 53.

puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services».

Deux raisons sont avancées à cet égard :

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

Il en est ainsi même si le ou les pouvoirs publics sont l'actionnaire principal, voire quasi-exclusif, de l'opérateur dès lors qu'un tel organisme a par ailleurs des actionnaires privés, fussent-ils marginaux.

L'interdiction de la dévolution directe par contrat d'une activité ou d'une prestation continue donc de frapper le vaste monde des sociétés d'économie mixte.

#### Questions particulières

1. Qu'en est-il d'une clause statutaire de l'opérateur public permettant l'ouverture de son capital social aux capitaux privés après l'attribution du marché ou en cours d'exécution de celui-ci? À cet égard, une simple potentialité de prise de participation du secteur privé, qu'elle soit inscrite expressément ou non dans les statuts, suffit-elle?

En principe, l'ouverture du capital social à des investisseurs privés doit être vérifiée au moment de l'attribution du marché public en cause et, en son absence, ne peut être prise en considération que s'il existe, à ce moment-là, une perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture, et ce au nom du principe de sécurité juridique<sup>(53)</sup>. La seule possibilité pour des personnes privées de participer un jour ou l'autre au capital de la société adjudicataire ne suffit pas, en l'absence d'une participation effective de leur part au moment de la conclusion d'une convention, pour conclure que la condition, relative au contrôle de l'autorité publique, n'est pas remplie.

Deux réserves ont été émises : le cas où la législation nationale prévoit l'ouverture obligatoire de la société, à court terme, à d'autres capitaux (arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005) et le détournement de procédure (arrêt *Commission c. Autriche* du 10 novembre 2005).

La Cour ajoute depuis peu une précision aux conséquences pratiques importantes : « Dans l'hypothèse où un marché aurait été attribué sans mise en concurrence à une société à capital public [en tant que prestataire *in house*], le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis à participer au capital de ladite société constituerait un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence »<sup>(54)</sup>. Il s'ensuit qu'il n'est plus possible, en cours d'exécution d'un marché, d'ouvrir le capital social d'une entité *in house* à des investisseurs privés sans devoir mettre fin au marché concerné en vue de le réattribuer dans le cadre d'une procédure concurrentielle. Une contrainte importante pèse désormais sur l'évolution du capital des sociétés publiques adjudicatrices. La Cour confirme en tout cas son penchant à faire prévaloir l'obligation de mise en concurrence sur la stabilité des situations contractuelles.

#### 2. Qu'en est-il d'une entité mixte à constituer?

L'hypothèse est celle d'une autorité publique qui, étant en charge d'un service public, choisit de confier par contrat directement et en exclusivité ce service à une société d'économie mixte à constituer avec un partenaire privé. Il est prévu dès le départ que le futur associé privé doit souscrire une partie du capital social de cette société.

Sur la base des principes rappelés ci-avant, un tel cas de figure ne peut bénéficier de l'exception *in house* de sorte que l'absence de mise en concurrence de l'attribution de ce service est incompatible avec les directives marchés publics et le Traité UE<sup>(55)</sup>.

Quid toutefois si l'autorité publique recourt en vue de sélectionner l'associé privé à une procédure de mise en concurrence qui respecte les articles 49 et 56 (ex-articles 43 et 49) du Traité et les principes généraux qui en découlent? Faisant preuve de réalisme, le juge européen<sup>(56)</sup> valide ce montage afin de ne pas décourager les partenariats publics-privés institutionnalisés (PPPI) : le recours à une double

(53) C.J.C.E., *ANAV*, précité, pts 30 à 32; 17 juillet 2008, précité, pt 29; *Sea Srl*, précité, pts 49 à 52.

(54) C.J.C.E., *Sea Srl*, précité, pt 53.

(55) Voy. pour un cas d'application C.E., arrêt n° 145.163 du 30 mai 2005, *C.N.I.M.*

(56) C.J.C.E., *Acoset SpA*, précité, pts 55 à 63 (gestion intégrée de l'eau).

procédure de mise en concurrence se heurterait à la durée inhérente à la mise en œuvre de telles procédures et à l'incertitude juridique qui en résulterait pour l'attribution du contrat à la future entité mixte, ce qui caractérise précisément ce genre de partenariat.

Ce faisant, la Cour rejoint la position de la Commission exprimée dans la Communication du 5 février 2008<sup>(57)</sup> selon laquelle en fonction du type de mission attribuée au PPPI (marché de travaux ou concession), les directives marchés publics ou les principes généraux du Traité UE s'appliquent à la sélection du partenaire privé et demandent la mise en concurrence du marché<sup>(58)</sup>.

Trois limites encadrent toutefois cette apparente souplesse dont fait preuve la Cour :

1° La procédure de sélection doit respecter les principes généraux du droit communautaire.

2° Les critères de sélection du futur associé privé ne doivent pas seulement être axés sur sa capacité à apporter des capitaux mais doivent porter « avant tout » sur ses capacités techniques et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations à fournir dès lors que celui-ci va se voir confier la gestion effective du service conféré.

3° La société mixte à créer doit avoir un objet social unique, la fourniture dudit service, et le conserver pendant toute la durée de la concession. Toute modification substantielle de celui-ci entraînera une obligation de mise en concurrence.

La validation de ce genre de PPPI présente un avantage pour l'autorité publique : en soumettant le choix de l'associé privé et non le choix du concessionnaire à une procédure de concurrence, le pouvoir adjudicateur dispose en effet d'une maîtrise importante sur la gestion future de l'activité en raison du cadre institutionnel, qu'il a lui-même défini, dans lequel celle-ci va se dérouler et en raison de sa présence dans l'actionnariat et dans les organes de décision. Elle présente néanmoins un inconvénient, à savoir le caractère figé de la future société mixte dû aux balises mises par la Cour : précision et spécificité de l'objet social; permanence de celui-ci, la société devant être liquidée à la fin de la concession; impossibilité de changement dans le chef de l'associé privé ou de cession de ses droits

sociaux; enfin, mise à charge de l'autorité publique du principal des coûts de dissolution et de liquidation de la société.

#### – Quelles opérations ?

L'exception *in house* vaut autant pour les marchés publics visés par les directives « matières » que pour les marchés qui ne le sont pas, soit les marchés publics situés sous les seuils européens ou portant sur des services non prioritaires de même que les contrats de concession de services<sup>(59)</sup>. Elle est donc susceptible d'être invoquée à l'égard de l'ensemble des relations inter-organisationnelles, qu'il s'agisse de marchés publics ou de concessions, soit tous les modes, contractuels ou unilatéraux, de dévolution d'un service public à un organisme externalisé.

#### – Quid des participations indirectes ?

Les deux critères constitutifs de l'exception *in house* sont en principe aussi applicables à des cas de figure dans lesquels l'opérateur auquel le marché est attribué est indirectement détenu par le pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire des situations dans lesquelles la puissance publique à laquelle une prestation est fournie ne détient une participation dans l'entité en cause que par l'intermédiaire d'une autre société<sup>(60)</sup>.

#### Conclusions du paragraphe

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

- Tout d'abord, l'opérateur, conformément à la législation nationale, est-il doté de la personnalité juridique, ce qui a pour effet de l'externaliser par rapport au pouvoir adjudicateur ?
- Ensuite, d'après les textes organiques de l'entité en cause ou selon tout autre document pertinent en la matière, quelle est la répartition du capital du prestataire au moment de l'attribution du marché ? S'il est détenu uniquement par des associés publics, celui-ci a-t-il vocation à s'ouvrir à court terme et de manière prévisible à d'autres actionnaires, notamment privés ? S'il est également détenu par des partenaires privés,

(57) Communication interprétative de la Commission du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), C(2007) 661, *J.O.U.E.*, n° C 91 du 12 avril 2008.

(58) Voy. pour la constitution d'une société mixte analysée comme un marché de travaux, C.E., arrêt n° 194.417 du 19 juin 2009, *S.A. Horizon Pléiades*.

(59) C.J.C.E., *Coname*, précité, pt 28; *Parking Brixen*, précité, pt 65; *ANAV*, précité, pt 24; *Coditel Brabant SA*, précité, pt 26; 9 juin 2009, précité, pt 35; *Sea Srl*, précité, pt 37; *Acoset SpA*, précité, pt 52.

(60) C.J.C.E., *Parking Brixen* et *Carbotermo* précités.

leur sélection s'est-elle opérée selon une procédure d'appel à la concurrence qui respecte les principes généraux issus du droit communautaire?

- En troisième lieu, l'opérateur public pressenti jouit-il de l'autonomie de gestion? Plus particulièrement, doit-il ou non exercer les missions que lui confient les associés et fixer le tarif des prestations? Est-il soumis de la part de ces derniers à des modes spécifiques et intenses de contrôle?
- Enfin, en vertu de ses statuts, l'opérateur peut-il assurer certaines prestations envers des communes, des organismes publics, voire même des particuliers ou des entreprises qui ne participent pas au groupement? Et si oui, dans quelle proportion?

d) *Une quatrième exception : la collaboration intercommunale non institutionnalisée*

S'écarter de l'opinion de son avocat général, la Cour<sup>(61)</sup> a ouvert la voie à une nouvelle dérogation aux directives marchés publics à l'égard de contrats qui « instaurent une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières » (pt 37).

1. *Le contexte*

En l'espèce, quatre circonscriptions administratives avaient conclu avec les services de la voirie de la ville de Hambourg un contrat relatif à l'élimination de leurs déchets dans la nouvelle installation de valorisation thermique, d'une capacité de 320.000 tonnes, qui est destinée à produire de l'électricité et de la chaleur. Quels sont les engagements en présence? D'une part, la ville de Hambourg s'engage à mettre à la disposition des quatre *Landkreise* concernés, chaque année, une capacité de traitement de 120.000 tonnes de déchets sans toutefois assumer la responsabilité de l'exploitation de l'installation de valorisation thermique, ses obligations se limitant à offrir des capacités de remplacement; la désignation de l'exploitant de l'installation fait en effet l'objet d'un contrat distinct entre la ville de Hambourg et le futur exploitant. D'autre part, les quatre *Landkreise* concernés versent, à la ville de Hambourg, une rémunération annuelle dont le mode de calcul et les modalités de paiement sont déterminés dans le contrat et mettent à la disposition de la ville de Hambourg les capaci-

tés de mise en décharge qu'elles n'utilisent pas elles-mêmes afin de pallier le manque de capacités de mise en décharge de la ville de Hambourg de même qu'elles s'engagent à accepter dans leurs décharges les quantités de scories d'incinération non valorisables en proportion des quantités de déchets qu'elles ont livrées. Enfin, aux termes du contrat, les parties contractantes doivent, en cas de nécessité, se prêter assistance dans le cadre de l'exécution de leur obligation légale d'élimination des déchets.

II. *L'analyse de la Cour de justice*

La Commission analysait cette opération comme un marché public de services conclu entre des pouvoirs adjudicateurs, ce que sont les circonscriptions administratives, et un prestataire de services, la ville de Hambourg, ayant pour objet le service d'élimination de déchets figurant dans la catégorie 16 de l'annexe I A de la directive 92/50/CEE.

Dans un premier temps, la Cour prend soin de préciser que le recours porte sur le contrat conclu entre la ville de Hambourg et les quatre *Landkreise* et non sur le contrat entre cette même ville et l'exploitant de l'installation.

Ensuite, la Cour va réfuter implicitement ou explicitement deux arguments présentés par l'Allemagne. Premièrement, le contrat litigieux exprimerait une coopération entre organismes étatiques qui est tout à fait étrangère au fait de se procurer un service sur un marché et qui relèverait des relations internes de l'organisation étatique dans le cadre de l'accomplissement de missions publiques. À cet égard, la Cour se contente de rappeler sa jurisprudence constante selon laquelle « la circonstance que le prestataire de services soit une entité publique distincte du bénéficiaire des services ne fait pas obstacle à l'application de la directive 92/50 » (point 33). Pour sa part, l'avocat général avait souligné que « les services de voirie de la ville de Hambourg ne peuvent pas être considérés comme les moyens propres des circonscriptions concernées » (point 34). Deuxièmement, la condition du critère analogue serait remplie dès lors que les circonscriptions concernées exerceraient un contrôle réciproque l'une sur l'autre au niveau de la région métropolitaine de Hambourg. Sur ce point, tant l'avocat général que la Cour concluent à l'absence évidente de contrôle analogue en l'espèce (point 36 de l'arrêt).

(61) C.J.C.E., 9 juin 2009, précité, pts 37 à 48.

Par contre, la Cour n'examine pas l'argument allemand selon lequel l'application de la directive 92/50/CEE doit être écartée, en vertu de l'article 106 (ex-86), §2, TFUE, lorsque, comme en l'espèce, elle conduit à faire échec à l'accomplissement par des organismes publics de la mission d'élimination des déchets qui leur a été impartie, laquelle constitue une mission d'intérêt général au niveau communautaire, et aboutit à ce que les capacités de la nouvelle centrale ne soient pas utilisées d'une manière rentable. De son côté, l'avocat général n'a pas retenu cet argument au motif que le contrat litigieux n'était pas le seul moyen permettant d'accomplir la mission d'élimination des déchets, la ville de Hambourg pouvant proposer ses capacités libres à d'autres preneurs (points 58 à 63).

Enfin, et c'est le point central de l'arrêt, la Cour juge que le contrat a pour objet d'assurer la mutualisation du traitement des déchets des partenaires et de permettre à la ville de Hambourg de construire et de faire exploiter une installation de traitement des déchets dans les conditions économiquement les plus favorables grâce aux apports en déchets des *Landkreise* et estime dès lors que « le contrat litigieux constitue tant le fondement que le cadre juridique pour la construction et l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'une mission de service public » (point 44). Un tel contrat relève de mécanismes de coopération qui échappent aux directives marchés publics; en effet, « une autorité publique peut accomplir les tâches d'intérêt général qui lui incombent par ses propres moyens [...] [ou] en collaboration avec d'autres autorités publiques » (point 45).

Quand est-on alors en présence d'un tel contrat qui est qualifié plus généralement comme étant « l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale » (point 38)? La Cour va recourir, au terme d'une analyse minutieuse du contrat, à la technique du faisceau d'indices factuels plutôt qu'à l'énoncé de conditions théoriques. Trois catégories d'indices sont retenues (points 38 à 44) : l'équilibre des engagements contractuels rappelés ci-avant; les aspects financiers de la coopération; l'absence de participation d'une partie privée et de toute prévision ou de tout préjugement de la passation des marchés nécessaires à la réalisation de la mission

qui fait l'objet de cette coopération. Et la Cour ajoute que cette coopération intercommunale ne doit pas se traduire nécessairement, comme le soutenait la Commission, par la création d'un organisme de droit public chargé de la mission de service public en question, lequel aurait pu bénéficier de l'exception *in house*. En effet, « le droit communautaire n'impose nullement aux autorités publiques, pour assurer en commun leurs missions de service public, de recourir à une forme juridique particulière » (point 47).

### III. Implications

L'arrêt du 9 juin 2009 de la Cour de justice ouvre une nouvelle perspective aux pouvoirs locaux. Ceux-ci peuvent librement recourir à des mécanismes contractuels de mutualisation d'une ou de plusieurs de leurs missions sans que cela ne débouche pour autant sur la création d'un organisme commun.

Les critères identificateurs de tels mécanismes sont énoncés par la Cour dans son arrêt; ils ne sont pas pour autant aisés à concrétiser<sup>(62)</sup>. Schématiquement, ils sont les suivants :

1. Le contrat doit instituer un mécanisme de coopération. Lequel et en quoi consiste-t-il?

La coopération visée est la coopération horizontale, soit l'exécution en commun d'une ou de plusieurs missions qui rassemble des partenaires, ici des autorités, de même niveau. Il semblerait par contre que la coopération verticale, c'est-à-dire la coopération entre deux niveaux de pouvoir différents, soit plus problématique<sup>(63)</sup>. La Commission européenne a en effet envoyé le 27 juin 2007 à la France un avis motivé, ouvrant de la sorte une procédure d'infraction, à propos du dispositif législatif offrant la possibilité aux intercommunales et syndicats mixtes et à leurs communes membres de réaliser entre eux des mises à disposition de services dont les modalités et notamment la rémunération sont fixées par convention, celle-ci étant analysée comme des marchés de service<sup>(64)</sup>.

Cette coopération doit être basée sur des engagements réciproques dans le chef de tous les partenaires. Ils ne doivent pas pour autant être équivalents; en effet, en l'espèce, la Cour relève que « la ville de Hambourg prend en charge la plu-

(62) Voy. également, G. ERVYN, note sous C.J.C.E., 9 juin 2009, précité, *J.L.M.B.*, 2009/38, pp. 1793 à 1796.

(63) On parle de coopération « ascendante » lorsqu'un pouvoir subordonné met une partie de son personnel ou de ses services à disposition d'un pouvoir supérieur en termes de hiérarchie des normes et de coopération « descendante » dans l'hypothèse inverse.

(64) J.-D. DREYFUS, « Mutualisation des services et mise en concurrence », *A.J.D.A.*, 2007, pp. 1865 à 1870; J.-M. PEYRICAL, « Contrats de mutualisation de services et marchés publics », *ACCP*, mars 2008, n° 75, pp. 64-65.

part des services faisant l'objet du contrat » (point 41).

Elle est surtout destinée à établir un « cadre juridique » (point 44) permettant l'exploitation en commun d'un service. Il s'agit donc d'une forme de collaboration, d'entraide, voire d'assistance administrative.

Cette figure juridique est-elle connue du droit belge?

- En Région wallonne : les communes peuvent conclure entre elles des conventions relatives à des objets d'intérêt communal ; une des communes contractantes peut être désignée comme gestionnaire de la convention<sup>(65)</sup>. Par contre, les associations de projet sont définies comme des structures de coopération dotées de la personnalité juridique et ouvertes à toute autre personne morale de droit public ou de droit privé<sup>(66)</sup>. Ce mode de coopération participe dès lors plutôt de la coopération institutionnelle.
- En Région de Bruxelles-Capitale : « les communes peuvent conclure entre elles des conventions, relatives à des fournitures et à des services d'intérêt communal bien déterminés »<sup>(67)</sup>.
- En Région flamande : « les communes peuvent conclure des conventions de collaboration »<sup>(68)</sup>. En outre, elles peuvent créer des associations interlocales qui sont des « structures de coopération sans personnalité civile afin de réaliser sans transfert de gestion un projet d'intérêt communal bien défini », associations auxquelles d'autres personnes morales de droit public et privé peuvent participer<sup>(69)</sup>. Par contre, les autres structures de coopération prévues par le décret du 6 juillet 2001, l'association de projet, l'association prestataire de services et l'association chargée de mission, sont dotées de la personnalité juridique et s'inscrivent dans la coopération institutionnelle.

2. La coopération doit porter sur une mission de service public qui est commune aux autorités contractantes.

Deux réflexions nous semblent devoir être faites à cet égard :

1° L'article 345 (ex-295) du Traité FUE permet aux États de conserver un secteur public notamment économique. Il postule donc une large marge d'appréciation dans le chef des États membres quant à savoir ce qui relève du service public ou de l'intérêt général ou non. La jurisprudence de la Cour le confirme : la définition de ces services par un État membre ne peut être remise en cause qu'en cas d'erreur manifeste<sup>(70)</sup>.

La nouvelle exception au droit des marchés publics avancée par la Cour dans son arrêt du 9 juin 2009 nous paraît constituer un écho de cette disposition qui consacre également l'autonomie organisationnelle des États et plus largement des autorités publiques pour exécuter leurs tâches de service public. La coopération intercommunale s'inscrit clairement dans cette perspective du moins pour ce qui est des missions qui relèvent du service public. Raisonner autrement aurait conduit à obliger les autorités locales à confier des tâches de service public « à des tiers privés mieux offrants, ce qui équivaldrait à une privatisation forcée, au moyen du droit des marchés publics, de missions d'intérêt général »<sup>(71)</sup>. Il s'agissait en quelque sorte de préserver les compétences des autorités nationales à organiser en leur sein ou entre elles leurs missions de service public comme elles l'entendent.

2° À partir du moment où l'on se situe dans la sphère du droit des services publics, pourquoi ne pas avoir retenu, pour écarter l'application des directives marchés publics, le mécanisme dérogatoire des services d'intérêt économique général (en abrégé, SIEG) prévu par l'article 106 (ex-86) du TFUE?

Il eût fallu certes démontrer que l'appel à la concurrence rendait impossible l'accomplissement de la mission de service public en cause et que la dérogation était nécessaire pour pouvoir réaliser cette mission dans des conditions économiquement acceptables. Mais au moins cette nouvelle voie aurait ainsi reposé sur un fondement juridique solide dont les éléments constitutifs sont connus plutôt que de s'en remettre à nouveau à une solution prétorienne aux contours imprécis et flous.

(65) Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L 1512-1 et L 1521-1 à L 1521-3.

(66) *Ibidem*, art. L 1512-2 et L 1522-1 à 1522-8.

(67) Loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales, art. 28.

(68) Décret communal du 15 juillet 2005, art. 196.

(69) Décret flamand du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale, art. 6 à 9.

(70) T.P.I., 27 février 1997, *FFSA*, T-106/95, pt 99; 15 juin 2005, *Olsen*, T-17/02, pt 239; 12 février 2008, *BUPA*, T-289/03, pt 166.

(71) Conclusions de l'avocat général TRSTENJAK, pts 83 et 84, précédant l'arrêt *Coditel Brabant SA*, précité.

Dans ce cas, le juge européen n'aurait pu, il est vrai, réaffirmer la primauté qu'il réserve à « l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres ». Celui-ci prend bien soin en effet de préciser que « pareille collaboration entre autorités publiques ne saurait remettre en cause cet objectif principal » et donc avoir pour conséquence de placer une « entreprise privée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents » (point 47).

Le débat risque toutefois de rebondir avec la nouvelle émergence des SIEG dans la construction européenne par la révision de l'article 14 (ex-16) du TFUE et par l'introduction du protocole sur les SIG.

3. La coopération doit avoir lieu uniquement entre autorités publiques. Cette dimension est similaire à celle qui est formulée à propos de l'exception *in house*. Elle s'inscrit dans la logique du point précédent.

4. Enfin, elle doit respecter le principe de l'égalité de traitement des opérateurs économiques et donc ne pas avantager une entreprise privée. Il doit y aller d'une opération qui est sans effet sur le marché. L'exception se situe incontestablement dans l'orbite de l'autonomie institutionnelle des États membres mais elle doit y rester. En quelque sorte, quand l'exercice de la liberté organisationnelle des États ne donne pas lieu à prestation sur le marché, en ce qu'elle ne débouche pas sur la création d'un opérateur sur un marché concurrentiel ni sur l'octroi d'un avantage à un opérateur privé, elle doit bénéficier d'une forme d'immunité.

#### IV. Conclusions

Que retenir à ce stade de cet arrêt? Il constitue assurément un assouplissement supplémentaire et non négligeable de la position de la Cour à l'égard de la collaboration non seulement contractuelle mais aussi institutionnelle entre personnes publiques, outre la reconnaissance rassurante de l'autonomie organisationnelle des collectivités territoriales. Toutefois, la difficulté réside à nouveau dans l'imprécision des contours de cette nouvelle exception, la Cour retenant pour l'essentiel des indices factuels, ce qui ne permet pas de cerner un cadre théorique stable et bien défini. En outre, l'exception doit beaucoup au contexte intercom-

munal dans lequel elle s'inscrit ainsi qu'au fait que l'objet de cette coopération porte sur l'accomplissement d'une mission de service public, qui plus est, visant à la mise en œuvre d'une directive communautaire. Enfin, l'absence dans le contrat d'atteinte à la concurrence et d'octroi de privilèges à une entreprise privée est certainement un, si pas, l'élément déterminant de la tolérance affichée par la Cour, les partenaires au contrat ayant mutualisé le service public concerné sans se préoccuper de savoir qui l'exploiterait réellement.

Il ne faut donc pas exagérer la portée de cet arrêt qui relève de l'exercice périlleux consistant à pratiquer l'équilibrisme entre la volonté de ne pas brider la collaboration entre personnes publiques pour mener à bien une mission de service public et le souci d'assurer largement l'application des directives marchés publics de même que des principes du marché intérieur dont elles sont issues. Cette exception est d'ailleurs assortie d'une réserve générale qui est de ne pas se « livrer à un montage destiné à contourner les règles en matière de marchés publics » (point 48), réserve qui s'apparente à la théorie de l'abus de droit.

#### 3. – Conclusions du A

Le principe de l'appel à la concurrence et ses corollaires, soit le droit dérivé des marchés publics ou, à défaut, les principes généraux d'égalité de traitement, de transparence et de publicité issus du Traité, imprègnent désormais l'externalisation par les pouvoirs adjudicateurs de leurs activités envers des personnes de droit privé mais aussi des personnes de droit public. Le risque était grand dès lors de voir le droit des marchés publics devenir un instrument de privatisation forcée des missions d'intérêt général assumées par les autorités publiques<sup>(72)</sup>. L'évolution récente de la jurisprudence communautaire permet de sauver quelque peu les meubles. Les contours de l'exception *in house* apparaissent plus clairement. Ainsi, la grille d'analyse des situations capitalistiques des opérateurs pouvant bénéficier de cette exception s'est stabilisée et présente plus de sécurité juridique. La Cour de justice a par ailleurs validé le procédé de mise en concurrence préalable visant à sélectionner le futur partenaire privé d'un PPP institutionnel, encourageant dès lors ce genre de formule. Elle a également ouvert la voie sous certaines conditions à la mutualisation contractuelle des services dans une dimension horizontale. Au terme de cette ana-

(72) Voy. en ce sens A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006.

lyse, il apparaît que les relations et les mécanismes de coopération entre les autorités publiques, qu'elles soient contractuelles ou institutionnelles, s'affranchissent dans une certaine mesure du droit des marchés publics. Par contre, dès que ces mêmes autorités décident de faire appel au capital privé ou de se lancer sur le marché par des activités ouvertes à la concurrence, le droit des marchés publics réapparaît.

## B. – À TITRE ONÉREUX

### 1. – Définitions

Le caractère onéreux d'un marché public « se réfère à la contre-prestation à laquelle procède l'autorité concernée en raison de l'exécution des prestations qui font l'objet du contrat et dont cette autorité aura le bénéfice »<sup>(73)</sup> ou « à la contre-prestation offerte à l'entrepreneur (ou au prestataire) en raison de la réalisation des travaux (ou de la prestation de services) visés par le pouvoir adjudicateur »<sup>(74)</sup>.

### 2. – Caractéristiques

Cette contrepartie présente plusieurs caractéristiques :

1. Elle doit être évaluable économiquement mais ne doit pas nécessairement consister en un prix. Il peut donc s'agir d'une contrepartie en « nature » opérée au profit de l'opérateur choisi. Tel est le cas de l'attribution du marché de travaux relatif à la démolition d'une caserne, les matériaux, voire les terrains, étant mis à la disposition de l'entrepreneur<sup>(75)</sup>.

2. Elle peut se limiter au remboursement des frais encourus par l'adjudicataire sans que cela ne débouche sur un bénéfice<sup>(76)</sup>.

3. Elle n'émane pas nécessairement du pouvoir adjudicateur : elle peut donc être indirecte et provenir de tiers. Tel est le cas de l'imprimeur du journal officiel local qui est rétribué directement par les annonceurs publicitaires ou celui du dépannage des véhicules en infraction sur la voirie qui est payé par les propriétaires des véhicules enlevés. Toute-

fois, lorsque la rémunération de l'opérateur provient de tiers, on n'est pas loin de la figure juridique des concessions et toutes les concessions ne sont pas des marchés publics (voy. *infra*).

De manière plus générale, il est exigé que le marché public comporte un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur, soit qu'il devienne propriétaire de la prestation qui fait l'objet du marché, soit qu'il en obtienne un titre juridique qui lui en assure la disponibilité, soit qu'il en retire des avantages économiques, comme la cession de la prestation, la participation financière à sa réalisation ou les risques qu'il assume en cas d'échec économique de la prestation, ce qui n'est pas le cas de l'exercice de compétences de régulation en matière d'urbanisme<sup>(77)</sup>.

### 3. – À titre gratuit

Ne sont donc pas considérées comme des marchés publics les opérations qui se font à titre gratuit. Il s'agit principalement des libéralités qui peuvent revêtir les formes les plus diverses comme le don manuel, le don anonyme, les legs, accompagnés éventuellement de charges, de conditions ou d'affectations. Dans le domaine des arts, le patrimoine des personnes publiques s'enrichit de manière non négligeable par le biais de dons et de legs qui leur sont consentis<sup>(78)</sup>.

On peut aussi y ajouter d'autres modes plus exceptionnels comme la prescription acquisitive, la découverte d'un trésor (art. 716 C. civ.), les biens vacants et sans maître (art. 539 et 713 C. civ.), les successions en déshérence (art. 539 et 713 C. civ.), les biens confisqués ou saisis de personnes condamnées notamment en matière fiscale ou douanière, les épaves (art. 717 C. civ. et loi du 9 avril 2007 relative à la découverte et à la protection d'épaves).

Un mode retient plus particulièrement notre attention : il s'agit du mécénat privé, plus précisément du mécénat privé d'opérations publiques<sup>(79)</sup>. On pense notamment à la restauration par la société PÉTROFINA, à l'époque, de la Maison Érasme qui est un des musées communaux

(73) C.J.C.E., 29 novembre 2007, *Commission c. Italie*, C-119/06, pt 47.

(74) C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Auroux*, C-225/05, pt 45; 18 juillet 2007, *Commission c. Italie*, C-382/05, pt 39; *Helmut Müller*, précité, pts 47-48.

(75) C.E., arrêt n° 49.361 du 3 octobre 1994.

(76) C.J.C.E., 29 novembre 2007, précité à propos de transports sanitaires effectués par des associations bénévoles.

(77) Arrêt *Helmut Müller*, précité, pts 49 à 54.

(78) G. WOLKOWITSCH, *Archives, bibliothèques, musées : statut des collections accessibles au public*, Aix-Marseille, Economica, 1999, p. 80.

(79) Le mécénat public s'apparente aux subventions et aux aides publiques vues ci-avant.

d’Anderlecht. S’agit-il d’un marché public, en l’espèce de travaux ?

Le mécénat peut être défini comme « le soutien apporté par une entreprise à un événement, une activité, [j’ajouterais : une institution] ou une forme d’expression, selon des modalités diverses [...] dans le but d’associer l’entreprise au prestige de cet événement, de cette activité, [de cette institution] ou de cette forme d’expression, et de promouvoir de cette manière son image de marque auprès du public »<sup>(80)</sup>. Il peut prendre soit une forme institutionnelle, ce qui lui assure une certaine permanence, comme les fondations, les A.S.B.L. et les associations scientifiques internationales, soit une forme contractuelle comme des donations occasionnelles, l’octroi d’un prêt à titre gratuit, la mise à disposition de biens ou des prestations de services. Dans ce second cas, le mécénat se présente comme un contrat essentiellement gratuit – le mécène n’attend en principe aucune contrepartie du bénéficiaire en sa faveur – et généralement unilatéral – seul le mécène contracte des obligations vis-à-vis du bénéficiaire –, ce qui le différencie du sponsoring ou du parrainage. À cet égard, les parties jouissent d’une extrême liberté sous réserve des règles de forme propres à l’un ou l’autre type de conventions<sup>(81)</sup>.

Lorsque le mécénat prend la forme d’une prestation gratuite de l’entreprise au profit d’un pouvoir public, la question se pose de savoir s’il ne s’agit pas d’un marché public déguisé. La restauration de la célèbre galerie des Glaces du château de Versailles a permis d’aborder cette question<sup>(82)</sup>. La société VINCI avait conclu en décembre 2002 avec l’établissement public du musée de Versailles une convention de mécénat destinée à prendre à sa charge, dans la limite de dix millions d’euros, les travaux de restauration de cette galerie en subordonnant cet engagement à la possibilité de faire réaliser, dans la mesure du possible, ces prestations par des entreprises de son groupe. Toutefois, en l’absence des compétences requises en son sein, cette société a finalement lancé un appel à candidatures pour certains lots (peintures et sculptures) et a retenu, après analyse des offres par le comité de pilotage composé notamment de l’établissement public et du service des monuments historiques, le groupement PASQUALI DE MONTE pour effectuer ces travaux. Le groupement concurrent DELTEIL

évincé desdits travaux a demandé au juge administratif d’annuler cette décision de la société VINCI qui méconnaîtrait le code des marchés publics. Dans ses conclusions, le commissaire du gouvernement a analysé la convention de mécénat comme étant un mécénat financier (la prise en charge à concurrence de dix millions d’euros) et un mécénat de compétence (la mise à disposition des compétences techniques des sociétés du groupe), qui peut être qualifiée de contrat de droit public et, plus précisément, d’offre de concours, mais non comme un marché public de travaux, et ce en raison de son caractère unilatéral et gratuit.

Il reste à qualifier – mais ce n’est plus l’opération de mécénat en tant que tel – le contrat conclu entre la société VINCI et d’autres entreprises pour répondre à l’engagement qu’elle a souscrit. S’agissant d’un contrat entre deux personnes privées, il s’agit *a priori* d’un contrat de droit privé même s’il porte sur des travaux publics ou sur des biens domaniaux. Il en va toutefois autrement si l’une des parties au contrat agit au nom et pour le compte d’une personne publique soumise à la législation sur les marchés publics, auquel cas le contrat doit être qualifié de marché public. Tant le commissaire du gouvernement que le juge administratif ont considéré que la société VINCI n’agissait pas en l’espèce comme mandataire de l’établissement public de Versailles malgré le fait que les travaux étaient conduits sous le contrôle et la surveillance de cet établissement et qu’ils étaient incorporés dans le domaine public de l’État pendant et après leur exécution de sorte que le contrat conclu à titre onéreux par le mécène avec le prestataire des travaux n’était pas un marché public.

Cette appréciation nous paraît en porte-à-faux avec la jurisprudence de la Cour de justice développée à propos des conventions de lotissement<sup>(83)</sup>. Comme nous le verrons à propos des marchés de travaux, la Cour interprète, dans ces arrêts, la convention passée entre le lotisseur, personne privée, et la commune comme conférant à celui-ci le mandat de réaliser un équipement public pour le compte de la collectivité; le lotisseur peut, par conséquent, être regardé, en vertu de ce mandat et pour la réalisation de cet équipement public, comme un véritable pouvoir adjudicateur. Ces arrêts s’inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence extensive de la Cour qui, au-delà des

(80) V. SIMONART, « L’entreprise et le mécénat », *R.D.C.*, 1992, pp. 578-579.

(81) V. SIMONART, « L’entreprise et le mécénat », *op. cit.*, pp. 589-595.

(82) Trib. adm. Versailles, 18 juin 2004, *A.J.D.A.*, 2004, pp. 2158 à 2164.

(83) Arrêts du 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi e.a.*, C-399/98; du 21 février 2008, *Commission c. Italie*, C-412/04.

figures juridiques que les directives visent explicitement, comme les contrats de promotion et de concession d'ouvrages, entend clairement soumettre à ces mêmes directives le plus grand nombre d'opérations associant les intérêts publics et privés, quels que soient les modalités ou les procédés prévus par le droit national, et laissant à des opérateurs privés le soin de pourvoir eux-mêmes à des équipements publics.

## II. – Les éléments matériels

Les différentes catégories de marchés publics sont énumérées par l'article 1, 2 à 5, de la directive 2004/18/CE et reprises aux articles 5, 9 et 24 de la loi du 24 décembre 1993 (art. 3 de la loi du 15 juin 2006).

Dans l'ensemble, la définition qui en est donnée est particulièrement large. La technique utilisée dans les textes européen et belge consiste principalement à déterminer et à identifier l'objet de la prestation en faisant abstraction du mode juridique de réalisation de celle-ci, de la finalité qu'elle poursuit et même de l'appropriation de celle-ci par le pouvoir adjudicateur. Comme ces notions sont issues des directives, elles reçoivent ici aussi une interprétation autonome et uniforme pour toute l'Union européenne.

### A. – LES TROIS CATÉGORIES TRADITIONNELLES

#### 1. – Les marchés de travaux

Les marchés publics de travaux sont définis comme des « marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ».

Cette notion comprend trois hypothèses : la première consiste dans l'exécution, éventuellement

accompagnée de la conception, de travaux de construction relevant de l'une des catégories énumérées à l'annexe I de la directive 2004/18/CE; la deuxième concerne l'exécution, éventuellement accompagnée de la conception, d'un ouvrage; la troisième a trait à la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur<sup>(84)</sup>.

#### a) Les travaux de construction

Cette première catégorie concerne certains travaux de bâtiment ou de génie civil, soit des travaux particuliers, indépendamment du résultat de ces travaux quant au caractère achevé ou fini du bien en cause, qui sont réalisés à travers deux types de figures juridiques :

I. Soit la simple exécution de ces travaux : elle prendra généralement la forme du contrat d'entreprise.

II. Soit la conception et l'exécution de ces travaux : dans ce cas, les pouvoirs adjudicateurs étendent le contrat d'entreprise à la conception des travaux, ce qui inclut des études architecturales préalables<sup>(85)</sup> ou des études portant sur les procédés à mettre en œuvre pour réaliser les travaux<sup>(86)</sup>.

#### b) L'exécution et la conception d'un ouvrage

Un ouvrage est défini comme « le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique »<sup>(87)</sup>.

L'existence d'un ouvrage doit donc être appréciée par rapport à la fonction économique ou technique du résultat des travaux concernés. Pour que le résultat de travaux puisse être qualifié d'ouvrage, il suffit donc que soit remplie l'une des deux fonctions susmentionnées<sup>(88)</sup>.

Cette notion a pour principal effet de permettre d'appréhender une série de prestations dans leur unicité et ce, pour deux raisons :

– éviter la scission d'un ouvrage unique en plusieurs marchés de travaux, ce qui permettrait d'éviter les seuils financiers d'application des

(84) Arrêt *Helmut Müller*, précité, pt 34.

(85) Tel que l'aménagement de certaines salles du Musée de l'Armée qui a été attribué à une société momentanée rassemblant des spécialistes des musées et des entrepreneurs de travaux ou la construction de la prison d'Andenne par des spécialistes de la sécurité associés à des entrepreneurs.

(86) On retrouve ici les contrats « performance » qui prévoient un résultat à atteindre en laissant les soumissionnaires imaginer et concevoir, moyennant certaines contraintes, les moyens pour atteindre ce résultat. Pour un exemple, voy. la station d'épuration de Bruxelles-Nord, C.E., arrêt n° 96.293 du 11 juin 2001, *Entr. et dr.*, 2001/3, pp. 277 à 298, avis P. NIHOUL, obs. M.-A. FLAMME.

(87) Directive 2004/18/CE, art. 1<sup>er</sup>, 2, b); loi du 24 décembre 1993, art. 5; loi du 15 juin 2006, art. 3, 2°.

(88) Arrêt du 27 octobre 2005, *Commission c. Italie*, C-187/04 et C-188/04, pt 29.

directives marchés publics, lesquels sont fonction de la valeur estimée des marchés<sup>(89)</sup>;

- considérer dans son ensemble une opération complexe qui comprend diverses prestations (travaux, fournitures et services) à l'attention de divers destinataires (pouvoir adjudicateur et tiers)<sup>(90)</sup>.

Faut-il, pour apprécier l'unicité d'un ouvrage, tenir compte d'autres éléments comme l'existence d'un seul et même adjudicataire ou l'existence entre les travaux d'un lien tel qu'ils puissent être réalisés par une seule et même entreprise? De tels éléments peuvent constituer des indices mais non des critères déterminants à cet égard<sup>(91)</sup>. En d'autres termes, la pluralité d'entités adjudicatrices ou l'impossibilité de réalisation par une seule entreprise de l'ensemble des travaux concernés ne sont pas de nature à remettre en cause l'existence d'un ouvrage unique lorsque cette conclusion s'impose en application d'un ou des deux critères fonctionnels précités.

### c) La réalisation d'un ouvrage

La formulation particulièrement large de cette troisième variante (« la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ») indique qu'elle a été conçue pour recouvrir différents types de situations qu'il était difficile d'identifier à l'avance de manière exhaustive et pour éviter les détournements de la réglementation.

Reprenons-en les éléments constitutifs.

#### i. Un ouvrage

Nous renvoyons à ce qui vient d'être dit ci-avant au point b.

#### ii. Par quelque moyen que ce soit

Cette expression vise l'ensemble des tâches qui peuvent être confiées à un opérateur pour réaliser un ouvrage, lesquelles vont de la construction à la conception, le financement, la gestion, l'acqui-

sition de terrains, etc., et recouvre surtout l'ensemble des figures juridiques contractuelles envisagées pour réaliser un ouvrage, qu'il s'agisse du mandat, de la délégation de maîtrise d'ouvrage, de la promotion, du *leasing*, du *management contract*, du *project financing*, etc.

#### iii. Répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur

La notion de marché public de travaux « inclut toutes les opérations dans lesquelles un contrat à titre onéreux, indépendamment de sa qualification formelle, [...] a pour objet la réalisation d'un ouvrage [...]. Le critère essentiel est à cet égard que cet ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, les moyens utilisés en vue de cette réalisation étant indifférents »<sup>(92)</sup>.

Cette expression signifie que le pouvoir adjudicateur a « pris des mesures afin de définir les caractéristiques de l'ouvrage ou, à tout le moins, afin d'exercer une influence déterminante sur la conception de celui-ci »<sup>(93)</sup>.

Par ailleurs, les besoins précisés par le pouvoir adjudicateur peuvent être les siens propres, ce qui sera le cas lorsque l'ouvrage est destiné à devenir sa propriété ou à être mis à sa disposition d'une quelconque façon. Mais ces besoins peuvent être également ceux de tiers, ce qui sera le cas lorsque le pouvoir adjudicateur entend réaliser un ouvrage pour le compte ou au profit de tiers, comme des locataires sociaux ou moyens ou des entreprises.

Il n'est donc pas requis que les travaux soient exécutés pour être acquis physiquement ou matériellement par le pouvoir adjudicateur. Ces travaux doivent toutefois être exécutés dans l'intérêt économique direct de ce pouvoir et selon ses directives<sup>(94)</sup>.

#### iv. Applications

Cette troisième variante a un spectre d'application particulièrement large.

(89) Arrêt du 5 octobre 2000, *Commission c. France*, C-337/98, pts 35 à 48 à propos de la scission de travaux d'entretien et d'extension des réseaux de distribution d'électricité et d'éclairage public à la fois sur une base technique et sur une base géographique; arrêt du 27 octobre 2005, précité, pts 27-28 à propos de raccordements autoroutiers.

(90) Arrêt *Auroux*, précité, pts 40 et 41 à propos d'une convention d'aménagement ayant pour objet la réalisation d'un pôle de loisirs; arrêt du 29 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-536/07 à propos d'un contrat de bail portant sur la location d'un terrain à un opérateur s'engageant à construire quatre halls d'exposition mis ensuite à la disposition du pouvoir adjudicateur.

(91) Arrêt du 5 octobre 2000, précité.

(92) Arrêt du 29 octobre 2009, précité, pts 53 et 54.

(93) Arrêt *Helmut Müller*, précité, pt 67.

(94) Arrêts *Auroux*, précité et *Helmut Müller*, précité.

I. Elle exclut en réalité du champ d'application des directives marchés publics les seules opérations immobilières *sensu stricto*.

C'est très certainement le cas de la vente par une autorité publique d'un terrain non bâti ou d'un terrain comprenant des bâtiments déjà existants. Outre l'exclusion indirecte de la vente du droit des marchés publics par l'article 16, a), de la directive 2004/18/CE, deux arguments doivent être relevés : d'une part, dans la vente, il n'y a pas de réalisation de travaux; d'autre part, l'autorité publique se présente comme vendeur alors que dans un marché public, elle a la position de l'acquéreur<sup>(95)</sup>.

C'est aussi le cas de la location ou de l'achat par l'autorité publique de biens immobiliers ou d'ouvrages, qu'ils soient existants – en effet, par hypothèse, ceux-ci ont échappé aux consignes éventuelles de l'acquéreur public – ou à construire pour autant toutefois que leur conception ait échappé à l'initiative et à la maîtrise de la personne publique. Ces locations ou acquisitions immobilières sont régies par le Code civil.

Il y a toutefois, dans le cas de la location ou de l'acquisition d'un ouvrage à construire, un risque de contournement de la législation relative aux marchés publics. En effet, le pouvoir public peut être tenté de camoufler sous certains montages ses exigences quant à l'ouvrage à réaliser. Ainsi en va-t-il de la vente en l'état futur d'achèvement lorsqu'elle tend à faire réaliser, selon les caractéristiques définies par un pouvoir public, un immeuble destiné à devenir, une fois construit, sa propriété et conçu pour satisfaire les besoins propres de cette collectivité<sup>(96)</sup>. Il en va de même des opérations de *sale and lease back*<sup>(97)</sup>.

II. Les opérations complexes suivantes ont été qualifiées de marchés publics de travaux :

- une convention entre une commune et un lotisseur privé prévoyant la réalisation par celui-ci d'un ouvrage en déduction de tout ou partie des contributions financières dues à titre de charges d'urbanisme découlant du permis de lotir octroyé : l'objet de cette convention est la réalisation d'un ouvrage; celui-ci est réalisé selon les exigences précisées par la commune dans ladite convention; la contrepartie onéreuse est l'exonération de certaines contributions financières;

quant au contrat, la convention est interprétée comme conférant au lotisseur, maître d'ouvrage privé, le mandat de réaliser un ouvrage pour le compte de la commune<sup>(98)</sup>;

- une convention d'aménagement urbain entre une commune et une société d'économie mixte en vue de la réalisation d'un pôle économique : la convention fait l'objet d'un contrat écrit; la commune participe de manière substantielle au financement; la réalisation de ce pôle qui est destiné à l'accueil d'activités commerciales et de services doit être considérée comme remplissant une fonction économique et donc comme constituant un ouvrage; la réalisation du pôle dans son ensemble révèle l'objectif poursuivi par la commune, à savoir repositionner et redynamiser une partie de son territoire, et ce, même si certains ouvrages sont vendus à des tiers et d'autres ne sont cédés à la commune qu'après avoir été construits selon la procédure de la vente en l'état futur d'achèvement<sup>(99)</sup>;
- un « contrat de bail » conclu entre une commune et un opérateur privé « portant sur la location d'un terrain avec quatre halls d'exposition » aux termes duquel l'opérateur privé s'engage à construire ces quatre halls et à les mettre à disposition de la commune, celle-ci obtenant pour trente ans la jouissance du terrain et des futurs bâtiments moyennant un loyer mensuel : le contrat est à titre onéreux et est conclu entre un pouvoir adjudicateur (la commune) et un entrepreneur; bien que qualifié formellement de contrat de location et contenant effectivement des éléments relevant d'un tel contrat, son objet principal est la construction, et non la location, des halls d'exposition; les ouvrages sont réalisés selon les spécifications très détaillées de la ville qui « vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire »; l'absence dans le contrat d'une option ou d'une obligation de rachat dans le chef de la ville des bâtiments construits n'est pas retenue, confirmant ainsi que l'appropriation ou non des ouvrages en cause par le pouvoir adjudicateur n'est pas un élément pertinent; le centre de gravité du contrat se situant donc dans le volet « construction » plutôt que dans le volet « location », celui-ci est un marché public de travaux<sup>(100)</sup>.

(95) Arrêt *Helmut Müller*, précité, pts 41 à 43.

(96) C.E. fr., 8 février 1991, *Entr. et dr.*, 1991, p. 259, concl. POCHARD et obs. de la rédaction.

(97) Cour des comptes, 157<sup>e</sup> Cahier d'observations, sess. 2000-2001, pp. 238-242.

(98) Arrêts *Ordine degli Architetti e.a.*, précité et du 21 février 2008, précité.

(99) Arrêt *Auroux*, précité.

(100) Arrêt du 29 octobre 2009, précité.

III. Jusqu'où peut aller cette interprétation extensive? Ne risque-t-on pas d'y intégrer, d'une part, des projets purement virtuels encore à concevoir et, d'autre part, des projets d'ouvrage qui se contentent de répondre à des objectifs d'intérêt public précisés par le pouvoir adjudicateur notamment dans des documents d'urbanisme, comme des plans ou des règlements?

La Cour de justice<sup>(101)</sup> a récemment dessiné les frontières entre les opérations complexes constitutives d'un marché public de travaux et d'autres situations qui ne le sont pas. Il s'agissait d'un contrat de vente d'une ancienne caserne par l'État allemand à un opérateur privé dont le choix, après appel d'offres, a été avalisé par la commune, laquelle a indiqué être «disposée à entreprendre une procédure en vue de l'établissement d'un plan d'occupation des sols» sans pour autant s'engager à son adoption. Qu'en est-il des relations entre la commune et l'opérateur privé? Elles n'ont pas été qualifiées de marché public de travaux pour deux raisons :

- d'une part, les intentions présumées de la commune de passer, après la vente, un marché public de travaux sur ce terrain ne sont pas avérées : de simples intentions ne constituent pas des obligations juridiquement contraignantes et ne satisfont pas à la condition de contrat écrit. Toutefois, la Cour indique qu'il en irait autrement à l'égard d'une procédure d'attribution comportant deux phases, caractérisée par la vente d'un terrain qui ferait ultérieurement l'objet d'un marché de travaux, en considérant ces opérations comme un tout;
- d'autre part, et surtout, le lien entre la collectivité publique et les travaux ou ouvrages envisagés est trop indirect : *primo*, aucun contrat n'a été signé entre la commune et l'opérateur; *secundo*, la réalisation de travaux doit «comporter un intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur», ce qui n'est pas le cas du simple exercice des compétences de régulation ou d'autorisation en matière d'urbanisme; *tertio*, le simple fait qu'une autorité publique, dans l'exercice de ses compétences en matière de régulation urbanistique, examine certains plans de construction qui lui sont soumis ou prenne une décision en application de compétences dans cette matière ne répond pas à l'exigence relative aux «besoins précisés par le pouvoir adjudicateur».

(101) Arrêt *Helmut Müller*, précité.

(102) Directive 2004/18/CE, art. 1<sup>er</sup>, 2, c); loi du 24 décembre 1993, art. 5, alinéa 1<sup>er</sup>, 2<sup>e</sup> tiret; loi du 15 juin 2006, art. 3, 3<sup>o</sup>.

L'examen par une collectivité publique de la conformité de travaux ou d'ouvrages à réaliser à des objectifs d'intérêt public, tels que le développement urbanistique du territoire, ne rentre donc pas dans la notion de marché public de travaux pour autant qu'il s'agisse de la mise en œuvre par cette collectivité de ses compétences en matière de régulation urbanistique; il en irait toutefois autrement si l'opération présentait un lien plus direct entre la collectivité et les travaux sous la forme d'une convention précisant l'urbanisation attendue et présentant un avantage économique pour le pouvoir adjudicateur comme l'acquisition, l'utilisation ou la cession futures de l'ouvrage, ou résultant de sa participation financière à la réalisation de l'ouvrage ou des risques qu'il assume en cas d'échec économique de l'ouvrage.

## 2. – Les marchés de fournitures

Les marchés publics de fournitures sont définis comme «des marchés publics autres que ceux visés au point b) [soit les marchés de travaux] ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits»<sup>(102)</sup>. La loi belge précise que l'acquisition peut se faire par contrat d'achat ou d'entreprise.

Eu égard aux termes larges de cette définition, est visée la mise à disposition, selon diverses formules juridiques, d'un bien meuble durant une part importante de son existence économique; il importe peu à cet égard qu'il s'agisse de produits de stock ou de produits à fabriquer ou à réparer.

À nouveau, le critère essentiel est celui, non du mode juridique ou de la finalité de la commande de fournitures, mais de l'objet de la prestation. Il convient dès lors de s'interroger sur le sens du terme «produits».

À la différence des travaux ou des services, les fournitures ne font pas l'objet d'une énumération limitative en annexe de la directive 2004/18/CE ou de la loi ou d'une définition générale comme celle d'ouvrage; elles doivent donc être entendues selon le sens commun, à savoir celui de bien meuble.

À défaut d'harmonisation de la notion de bien meuble dans le droit dérivé européen, le sens à lui conférer peut être celui du Code civil. Toutefois, on verra aussi, en raison du fait qu'il s'agit d'une notion de droit communautaire, à se référer au droit primaire de l'Union européenne, soit le Traité

de l'Union lui-même. Cette démarche est en effet celle qui est suivie par la Cour de justice pour combler les lacunes ou interpréter les directives marchés publics<sup>(103)</sup>. Le terme « produits » doit dès lors être compris dans le même sens que celui réservé au même terme par le Traité, soit l'article 28 TFUE relatif à la libre circulation des marchandises<sup>(104)</sup>. Or, sont considérés comme des marchandises au sens de cette disposition tous « les produits appréciables en argent et susceptibles, comme tels, de former l'objet de transactions commerciales »<sup>(105)</sup>. Ainsi, « les œuvres d'art, en tant qu'elles ont une valeur vénale et qu'elles font l'objet de transactions commerciales, sont des marchandises comme les autres »<sup>(106)</sup>.

Les produits doivent-ils être standardisés ou peuvent-ils être individualisés? La notion de « produit » vise aussi bien le stockage de produits finis que la confection de produits à réaliser, sans distinguer selon que le produit considéré est disponible pour les consommateurs de manière standardisée ou individualisée. Il s'ensuit que la mise à disposition de marchandises qui sont fabriquées et adaptées individuellement en fonction des besoins de chaque client et qui impliquent des conseils personnalisés doit être prise en compte dans la partie fourniture du marché et non dans celle relative aux services<sup>(107)</sup>.

### 3. – Les marchés de services

Les marchés publics de services sont définis comme « des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés à l'annexe II »<sup>(108)</sup>.

Tant la directive 2004/18/CE que la loi du 24 décembre 1993 (ou la loi du 15 janvier 2006) ne définissent donc pas la notion de marchés de services mais renvoient à une annexe qui énumère

limitativement les prestations de services qui sont considérées comme des marchés publics au sens de la législation.

#### a) *Quels services?*

L'annexe II de la loi du 24 décembre 1993, remplacée par l'arrêté royal du 29 septembre 2009, énumère limitativement vingt-sept catégories de services et renvoie, pour chaque catégorie, à la nouvelle nomenclature CPV (Vocabulaire commun pour les marchés publics) que l'on trouve dans la circulaire du 27 août 2008, publiée au *Moniteur belge* du 2 septembre 2008. La référence à la nomenclature a un caractère contraignant de sorte que le contenu des catégories de services ne saurait être interprété à la lumière d'autres nomenclatures<sup>(109)</sup>. Il convient donc, pour chaque marché, d'identifier les services qui sont l'objet du contrat et de vérifier leur correspondance avec chacune des catégories énumérées à l'annexe et avec le contenu qu'en donne la nomenclature<sup>(110)</sup>.

#### b) *Les services prioritaires et non prioritaires*

En outre, le droit de la commande publique opère une différence de régime juridique entre les services dits « prioritaires » et les services dits « non prioritaires ».

Ainsi, les services « prioritaires », soit seize catégories reprises sous le II A, doivent respecter l'ensemble de la réglementation sur les marchés publics; les services « non prioritaires », soit onze catégories reprises sous le II B, ne sont soumis qu'aux articles 23 (les règles communes dans le domaine technique) et 35, § 4 (les avis concernant les résultats de la procédure d'attribution) de la directive 2004/18/CE.

La passation des marchés de services non prioritaires reste toutefois soumise aux règles fondamen-

(103) Voy. nos chroniques 1995-2000, *J.T.D.E.*, 2001, n<sup>os</sup> 1 à 4; 2001-2002, *J.T.D.E.*, 2003, n<sup>os</sup> 1 à 3; 2003-2005, *J.T.D.E.*, 2006, n<sup>os</sup> 1 à 3.

(104) Voy. dans le même sens D. D'HOOGHE *et al.*, *De gunning van overheidsopdrachten*, Administratieve rechtsbibliotheek, Bruges, die Keure, 2009, p. 210.

(105) Arrêt du 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, C-07/68. Cet arrêt a été confirmé dans d'autres contextes : arrêts du 20 janvier 1981, *GEMA*, C-55 et 57/80 (à propos du droit d'auteur) et du 17 janvier 1984, *Boekwezen*, C-43 et 63/82 (à propos du livre).

(106) P. PESCATORE, « Le commerce de l'art et le marché commun », in *La vente internationale d'œuvres d'art*, Faculté de Droit de Genève, 1985, pp. 581 et s. Pour plus de détails, voy. P. NIHOUL, « Les marchés publics et les œuvres d'art », *op. cit.*, pp. 188 à 190.

(107) Arrêt du 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, C-300/07, pts 64 à 66 (en l'espèce, il s'agissait de chaussures orthopédiques).

(108) Directive 2004/18/CE, art. 1<sup>er</sup>, 2, d); loi du 24 décembre 1993, art. 5, alinéa 1<sup>er</sup>, 3<sup>e</sup> tiret; loi du 15 juin 2006, art. 3, 4<sup>o</sup>.

(109) Arrêts du 24 septembre 1998, *Tögel*, C-76/97, pts 35-37 et du 14 novembre 2002, *Felix Swoboda GmbH*, C-411/00, pt 51.

(110) Voy., pour des exemples, nos chroniques 1995-2000, *J.T.D.E.*, 2001, p. 167, n<sup>o</sup> 17; 2001-2002, *J.T.D.E.*, 2003, p. 266, n<sup>o</sup> 10; 2003-2005, *J.T.D.E.*, 2006, p. 270, n<sup>o</sup> 11; 2006-2007, *J.D.E.*, 2008, p. 280, n<sup>o</sup> 13; 2008, *J.D.E.*, 2009, p. 284, n<sup>o</sup> 12.

tales du droit communautaire primaire<sup>(111)</sup>. Les modalités de passation de tels marchés doivent donc respecter les principes de transparence, de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement, l'attribution, en l'absence de toute transparence, d'un tel marché à une entreprise située dans l'État membre du pouvoir adjudicateur devant être justifiée par des circonstances objectives. Il faut toutefois que les services en cause présentent un « intérêt transfrontalier certain », la Cour partant du constat que le régime moins strict prévu par le législateur communautaire se fonde sur « la présomption selon laquelle les marchés relatifs à de tels services ne présentent pas, *a priori*, eu égard à leur nature spécifique, un intérêt transfrontalier ».

#### c) *Les services mixtes*

Quel est le régime juridique applicable aux marchés de services qui sont composés de prestations relevant pour partie des services prioritaires et pour partie des services non prioritaires ?

Le critère retenu est celui de la valeur des services<sup>(112)</sup>. La détermination du régime applicable ne dépend donc pas de l'objet principal du marché mais est fondée sur la comparaison de la valeur des différentes prestations. En cas de prédominance de la valeur des prestations relevant des services non prioritaires, le marché de services sera dans son ensemble soumis à un régime simplifié<sup>(113)</sup>.

#### d) *Opération de privatisation ?*

Une opération de privatisation d'une entreprise publique rentre-t-elle dans la catégorie des marchés de services ?

En l'espèce, cette opération se présentait comme un contrat unique portant conjointement sur la cession d'actions d'une entreprise publique de casino, l'acquisition du droit de désigner la majorité des membres du conseil d'administration de l'entreprise (volet « privatisation »), l'obligation d'assumer la gestion de l'entreprise et d'offrir des services de haut niveau, financièrement rentables (volet « services »), ainsi que l'obligation d'effectuer des travaux d'aménagement et d'amélioration des lieux

concernés ainsi que des terrains avoisinants (volet « travaux »).

Dès lors que l'analyse du dossier indique que les différents volets de l'opération forment un tout indivisible et que le volet relatif à la privatisation en constitue l'objet principal, l'opération doit être examinée dans son ensemble et être soumise au régime juridique qui régit l'élément principal du contrat. Or, la cession d'actions et la prise de contrôle d'une entreprise publique ne relèvent pas des directives marchés publics. Pour autant, il convient de s'assurer qu'une opération en capital ne masque pas, en réalité, l'attribution à un partenaire privé de contrats pouvant être qualifiés de marchés publics ou de concessions. Par ailleurs, un tel contrat doit observer les règles fondamentales et les principes généraux du traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux<sup>(114)</sup>.

#### e) *La délégation de maîtrise d'ouvrage ?*

Plus complexe est la qualification ou non comme marché de services de la délégation de maîtrise d'ouvrage. Par ce contrat, qui, selon les pays, est régi soit par le Code civil comme un mandat soit par des législations particulières, le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire, en son nom et pour son compte, l'exercice de tout ou partie des attributions de la maîtrise d'ouvrage. Réfutant un à un les arguments plaidant en faveur de l'absence d'application des directives, la Cour a jugé que « les attributions qui sont confiées par ce contrat correspondent à l'exécution des prestations de services au sens du droit communautaire »<sup>(115)</sup> : le fait que cette mission revêtirait plus un caractère d'intérêt général que commercial n'est pas décisif, un marché public pouvant porter sur une mission économique visant à satisfaire un besoin d'intérêt général ; un tel contrat ne procède pas à un transfert de l'autorité publique au sens de la jurisprudence de la Cour ; enfin, « le contrat de mandat de maîtrise d'ouvrage déléguée n'est pas seulement un contrat par lequel le mandataire s'engage à représenter le maître de l'ouvrage [car] lesdites attributions comportent diverses missions correspondant, d'une part, à des prestations d'assistance à caractère administratif et technique et, d'autre part, à des

(111) Arrêts du 27 octobre 2005, *Contse e.a.*, C-234/03, pt 49 ; du 13 novembre 2007, *Commission c. Irlande*, C-507/03, pts 23 à 34 ; du 29 novembre 2007, *Commission c. Italie*, C-119/06, pts 63 et 64 ; du 19 juin 2008, *Nachrichtenagentur*, C-454/06, pt 33.

(112) Directive 92/50, art. 10 ; directive 2004/18/CE, art. 22.

(113) Arrêt *Felix Swoboda GmbH*, précité, pts 52 à 60.

(114) Arrêt du 6 mai 2010, *Club Hôtel Loutraki e.a.*, C-145/08, pts 45 à 63.

(115) Arrêt du 20 octobre 2005, *Commission c. France*, C-264/03, pts 44 et 58.

tâches ayant pour objet la représentation du maître de l'ouvrage».

f) *Exclusions spécifiques*

La directive 2004/18/CE prévoit, en son article 16, l'exclusion de son champ d'application de certains services spécifiques dont ceux ayant trait aux programmes radiodiffusés et au temps de diffusion<sup>(116)</sup>.

Plus fondamentalement, l'article 18 de la même directive exclut de son champ d'application les marchés de services attribués à un autre pouvoir adjudicateur sur la base d'un droit exclusif. Nous renvoyons à cet égard à ce qui a été dit à propos de la notion de contrat (voy. *supra*).

g) *Exceptions sectorielles et clause de sauvegarde*

A. Pour la première fois, la Cour a admis dans son principe que des activités participant dans un État membre à l'exercice de l'autorité publique, exception prévue à l'article 51 TFUE lu en combinaison avec l'article 62 TFUE, « échappent également au champ d'application des directives qui, telles les directives 92/50 et 2004/18, visent à mettre en œuvre les dispositions du traité sur la liberté d'établissement et la libre prestation de services »<sup>(117)</sup>.

En l'espèce, tel n'est pas le cas des activités de services de transport sanitaire et ce, pour deux raisons : d'une part, ces activités n'impliquent pas un exercice suffisamment qualifié de droits exclusifs, de privilèges de puissance publique ou de pouvoirs de coercition; d'autre part, le droit de recourir à des instruments tels que le gyrophare ou la sirène ainsi que le droit de passage prioritaire reconnu par le code de la route traduisent, certes, l'importance prépondérante accordée à la santé publique par rapport aux règles générales de la circulation routière mais n'investissent pas pour autant les prestataires concernés des prérogatives précitées, le respect de ces droits relevant de la compétence des autorités policières et judiciaires.

Si, sur le fond, l'interprétation de la Cour quant au contenu de la dérogation des articles 51 et 62

TFUE et l'application qu'elle en fait en l'espèce rejoignent sa jurisprudence désormais classique en la matière, laquelle traduit une conception étroite de ce concept, son application au droit dérivé des marchés publics constitue une première.

B. Les directives marchés publics pourraient-elles également être tenues en échec par la dérogation prévue par l'article 106, §2, TFUE en faveur des services d'intérêt économique général?

En l'espèce, la Cour de justice s'est contenté de relever que la troisième condition d'application de l'article 106, §2, TFUE n'était pas réunie, l'Allemagne ne démontrant pas que l'obligation d'assurer la publicité des résultats de l'attribution du marché concerné serait de nature à faire échec à l'accomplissement de la mission d'intérêt économique général<sup>(118)</sup>.

En amont se pose toutefois la question de savoir si la dérogation prévue par le Traité en matière de libre concurrence est applicable à des règles de droit dérivé issues des règles relatives au marché intérieur, plus particulièrement de certaines libertés économiques. Pour notre part, nous avons soutenu que tel n'était pas le cas<sup>(119)</sup>.

La Cour de justice a-t-elle tranché implicitement la question, et ce, dans un sens positif dès lors qu'elle examine les conditions d'application de l'article 106, §2, TFUE? Rien n'est moins sûr. En effet, dans ses conclusions, l'avocat général Trstenjak estimait que la ligne jurisprudentielle de la Cour n'était pas claire. Dans un premier temps, la Cour aurait exclu une telle applicabilité<sup>(120)</sup>. Ensuite, la Cour aurait jugé que la justification de l'article 106, §2, était également applicable pour des mesures étatiques incompatibles avec les dispositions du Traité relatives à libre circulation des marchandises et à la libre prestation des services, cette dérogation pouvant être invoquée pour justifier des violations de l'article 106, §1, en relation avec les libertés fondamentales<sup>(121)</sup>. Enfin, suivant la jurisprudence récente, la circonstance qu'une activité est, compte tenu de ses modalités concrètes, exclue du champ d'application des règles de concurrence ne signifie, en effet, pas nécessairement qu'elle est également exclue du

(116) Voy., sur ce point, arrêt du 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk*, C-337/06, pts 63 à 65.

(117) Arrêt du 29 avril 2010, *Commission c. Allemagne*, C-160/08, pt 74.

(118) *Ibidem*, pts 125 à 130.

(119) P. NIHOUL, « Les services publics locaux à l'épreuve du droit européen », in *Les modes de coopération des services publics locaux au regard du droit européen*, Waterloo, Kluwer, 2008, p. 116; « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'État et des marchés publics », *op. cit.*, pp. 237 et 245.

(120) Arrêt du 10 juillet 1984, *Campus Oil e.a.*, 72/83, pt 19.

(121) Arrêts du 23 octobre 1997, *Commission c. Pays-Bas*, C-157/94, pts 27 et s. et du 18 juin 1998, *Corsica Ferries France*, C-266/96, pt 59.

champ d'application des règles sur la libre circulation<sup>(122)</sup>. Elle concluait en indiquant que la ligne jurisprudentielle relative à l'applicabilité de l'article 106, §2, dans le domaine des libertés fondamentales qui a été établie par les arrêts *Commission c. Pays-Bas* et *Corsica Ferries France*, précités, devrait être réévaluée, ce qui ne fut pas le cas dans l'arrêt de la Cour de justice.

#### 4. – Les marchés mixtes

Pour éviter que des marchés comportant des prestations de nature différente soient soumis à deux réglementations distinctes, des critères ont été retenus pour n'appliquer à l'ensemble du marché qu'une seule réglementation.

A. Pour les marchés ayant pour objet à la fois des produits et des services, le critère retenu par la directive est celui de la valeur économique prépondérante des produits ou des services concernés<sup>(123)</sup>.

B. 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 public, il ressort de la jurisprudence de la Cour que c'est l'objet principal du contrat qui détermine quelle réglementation trouve en principe à s'appliquer<sup>(124)</sup>. L'objet principal « doit être déterminé dans le cadre d'un examen objectif de l'ensemble du marché sur lequel porte ce contrat », c'est-à-dire « au regard des obligations essentielles qui caractérisent ce marché, par opposition à celles qui ne revêtent qu'un caractère accessoire ou complémentaire et sont imposées par l'objet même du contrat ». À cet égard, le montant respectif des différentes prestations en présence n'est qu'un critère parmi d'autres. Est contraire à cette jurisprudence la législation nationale qui inclut nécessairement les marchés mixtes dans les marchés de travaux publics lorsque les travaux accessoires représentent plus de 50% du prix total du marché car elle fait du montant des travaux un critère exclusif, même lorsqu'ils ne sont qu'accessoires à l'objet principal, et a de surcroît pour effet de les sous-

traire aux directives fournitures et services lorsque le montant total des prestations reste inférieur au seuil de la directive travaux mais atteint les seuils retenus par les directives fournitures et services<sup>(125)</sup>.

#### B. – LES PARTENARIATS PUBLIC-PRIVÉ

Il s'agit ici de faire brièvement état des formules contractuelles associant le secteur public et le secteur privé en vue d'accomplir une prestation ou une mission voulue par les pouvoirs publics. Le partenariat envisagé est de type fonctionnel; le partenariat institutionnel, soit celui qui débouche sur la création d'une structure commune, a en effet été abordé dans le cadre de la notion de contrat (voy. *supra*).

##### 1. – Le marché de promotion

Le marché de promotion est défini comme « le marché public de travaux ou de fournitures portant à la fois sur le financement et l'exécution de travaux ou de fournitures ainsi que, le cas échéant, sur l'étude de ceux-ci ou sur toute prestation de services relative à ceux-ci »<sup>(126)</sup>.

Il doit répondre à certaines conditions légales et réglementaires. Les conditions légales ont trait aux garanties contractuelles fournies par le promoteur, à la responsabilité contractuelle et décennale et à l'exigence d'agrément. Les conditions réglementaires prévoient les formules juridiques que peut emprunter la promotion : la location; la location accompagnée à terme d'une option d'achat; la location suivie d'un transfert de propriété; l'acquisition immédiate suivie du paiement d'annuités; l'octroi d'un droit de superficie et d'emphytéose<sup>(127)</sup>. Le régime juridique de la promotion s'est considérablement assoupli depuis la loi du 14 juillet 1976<sup>(128)</sup>.

Le marché de promotion est une forme particulière de marché de travaux ou de fournitures. Sa particularité réside dans le financement préalable de l'ouvrage ou des produits par le promoteur, le pouvoir adjudicateur obtenant la prestation sans

(122) Arrêts du 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*, C-438/05, pt 53, et du 18 juillet 2006, *Meca-Medina et Majcen c. Commission*, C-519/04 P, pts 31 à 34.

(123) Directive 2004/18/CE, art. 1<sup>er</sup>, 2, d), alinéa 2; loi du 15 juin 2006, art. 3. Voy. les arrêts *Teckal Srl*, précité, pt 38; *Carbotermo*, précité, pt 31; du 11 octobre 2007, *Lämmerzahl GmbH*, C-241/06, pt 38. Ordonnance du 10 avril 2008, *Termoraggi*, C-323/07, pts 14 à 17.

(124) Arrêts du 19 avril 1994, *Gestión Hotelera Internacional*, C-331/92, pt 29; *Auroux*, précité, pt 37.

(125) Arrêt du 19 juin 2008, *Nachrichtenagentur*, C-454/06, pt 33.

(126) Loi du 24 décembre 1993, art. 9; loi du 15 juin 2006, art. 28.

(127) Arrêté royal du 8 janvier 1996, art. 21 et 48.

(128) Voy., pour le régime antérieur, P. NIHOUL, « Les marchés de promotion et les difficultés de financement alternatif du logement », in *L'urbanisme à Bruxelles*, Éd. Jeune barreau de Bruxelles, 1992, pp. 125 à 171.

versement préalable et remboursant le promoteur au fur et à mesure des annuités prévues. L'avantage financier immédiat que procure la formule pour le pouvoir adjudicateur est à comparer avec le total des annuités à payer à l'expiration du contrat. De la sorte, les charges budgétaires sont étalées sur plusieurs budgets annuels mais grèvent d'autant les budgets ultérieurs. L'intérêt du marché de promotion doit aussi être mis en regard de la formule classique du marché de travaux accompagné d'un marché de services ayant pour objet un emprunt destiné à financer les travaux; prenant les risques d'un préfinancement, le promoteur est souvent mieux rémunéré que le banquier.

## 2. – La concession de travaux publics

Anciennement dénommée concession d'ouvrages, la concession de travaux publics est définie comme « un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix »<sup>(129)</sup>.

Le choix d'une administration publique de recourir à une concession de travaux publics est motivé par plusieurs éléments : la volonté de bénéficier d'expériences spécifiques existant dans le secteur privé; le souci d'obtenir une efficacité accrue pour certains ouvrages; mais aussi et surtout des exigences d'ordre financier puisque des biens ou des ouvrages seront gérés sans obérer les budgets publics.

Titulaire d'un droit réel – droit de propriété ou droit réel démembre – sur un bien, un immeuble ou un ouvrage, le pouvoir adjudicateur confie un droit de jouissance au concessionnaire, droit qui va lui permettre pendant un certain temps de gérer ce bien, cet immeuble ou cet ouvrage – cette gestion peut consister en des travaux de construction, d'aménagement, de rénovation et d'entretien – et d'en assurer le financement par une exploitation en tout ou en partie *self supporting*.

Le critère distinctif entre la concession et le marché public réside dans le mode de rémunération convenu du prestataire. En d'autres termes, le mode de rémunération qui tient dans le droit du prestataire d'exploiter les travaux ou l'ouvrage reçu ou réalisé caractérise la concession de travaux

publics. Ainsi en est-il du droit d'exploiter des tronçons autoroutiers et de percevoir un droit de péage auprès des utilisateurs<sup>(130)</sup>. Comme on le verra ci-après, en matière de concessions de services, la Cour ajoute un élément à cette définition, à savoir qu'une concession « implique un transfert du risque lié à l'exploitation de l'ouvrage vers le concessionnaire ». Ces considérations valent également pour les concessions de travaux<sup>(131)</sup>. En l'espèce, le concessionnaire de la construction d'une ligne de tramway se voyait assurer le paiement pendant trente ans d'une redevance forfaitaire annuelle égale à 40% du coût de l'ouvrage, ce qui évitait au concessionnaire d'assumer les risques d'exploitation de l'ouvrage et ce qui en faisait dès lors un marché de travaux.

Peut-on qualifier de concession de travaux le transfert du droit de propriété sur un bien? Une telle interprétation implique que la notion de concession n'exclut ni la durée indéterminée d'une concession ni la reconnaissance au concessionnaire, sur les biens concernés, d'un droit de jouissance allant jusqu'au droit de propriété. La Cour n'a pas retenu à juste titre une telle qualification pour trois raisons : tout d'abord, le pouvoir adjudicateur doit disposer du droit d'exploiter l'ouvrage pour pouvoir le transférer, ce qui est en principe exclu aussi longtemps que l'opérateur jouit lui-même du droit d'exploiter l'ouvrage dont il est propriétaire, le droit d'exploitation prenant sa seule source dans ce cas dans le droit de propriété de l'opérateur concerné; ensuite, le risque économique d'exploitation doit être lié à la relation contractuelle découlant de la concession et non, comme en l'espèce, dans l'incertitude de l'entrepreneur quant à la question de savoir si le service d'urbanisme de la collectivité concernée approuvera ou non ses plans, le risque découlant des compétences de régulation en matière d'urbanisme; enfin, « des motifs sérieux, au nombre desquels figure notamment le maintien de la concurrence, incitent à considérer que l'attribution de concessions sans limitation de durée serait contraire à l'ordre juridique de l'Union »<sup>(132)</sup>. Il faut donc considérer que la concession de travaux publics ne peut en principe comprendre la reconnaissance au concessionnaire d'un droit de propriété sur les ouvrages réalisés.

(129) Directive 2004/18/CE, art. 1<sup>er</sup>, 3); loi du 24 décembre 1993, art. 24; loi du 15 juin 2006, art. 34.

(130) Arrêts du 27 octobre 2005, *Commission c. Italie*, C-187/04 et C-188/04, pts 19 à 21; du 22 avril 2010, *Commission c. Espagne*, C-423/07.

(131) Arrêt du 13 novembre 2008, *Commission c. Italie*, C-437/07, pts 27 à 35.

(132) Arrêt *Hemut Müller*, précité, pts 70 à 80.

### 3. – Les concessions de services

La concession de services est définie comme « un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix »<sup>(133)</sup>.

La qualification d'une convention comme concession de services doit s'apprécier exclusivement à l'aune du droit communautaire, si bien que la qualification de la convention en droit interne n'est pas pertinente<sup>(134)</sup>. Par ailleurs, étant donné la similarité des définitions de la concession de services dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, les mêmes éléments d'interprétation prévalent pour apprécier le champ d'application respectif des deux directives<sup>(135)</sup>.

Nous examinerons successivement le critère de distinction et le régime juridique.

#### a) Critère de distinction

##### 1. Avec les marchés de services

Le critère de distinction réside dans le mode de rémunération convenu du prestataire de services : le marché de services comporte une contrepartie qui est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire de services; dans une concession de services, le mode de rémunération tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question<sup>(136)</sup>.

Quelle est la portée du droit d'exploitation ainsi conféré au concessionnaire? Le droit de percevoir une rémunération, qu'elle soit de droit privé ou de droit public<sup>(137)</sup>, auprès de tiers, en l'occurrence

les usagers du service concerné, est une des formes que peut prendre l'exercice d'un tel droit. Mais ce droit d'exploiter implique aussi et surtout que le prestataire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question. En effet, en raison de l'attribution du droit d'exploitation, le concessionnaire dispose d'une certaine liberté économique pour déterminer les conditions d'exploitation de ce service et doit être ainsi largement exposé aux risques liés à cette exploitation et donc aux aléas du marché. La condition du transfert vers le concessionnaire du risque économique lié à l'exploitation ne se trouve pas dans le texte des directives marchés publics. Elle figure par contre dans la Communication interprétative de la Commission du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire<sup>(138)</sup>. Elle est depuis avalisée par la Cour de justice<sup>(139)</sup>. Il faut donc y voir un critère, nécessaire aux yeux de la Cour et de la Commission, permettant d'apprécier l'effectivité du mode de rémunération de la gestion du service concerné.

La condition du transfert du risque fait donc désormais partie intégrante de la définition de la concession de services. Ainsi, des conventions ayant pour objet l'utilisation, par le collecteur, des déchets domestiques urbains après leur ramassage sélectif sont jugées comme n'instituant pas un mode de rémunération de type concessionnel lorsqu'elles prévoient notamment le versement, par le pouvoir adjudicateur, à l'opérateur d'une redevance dont le montant est fixé par tonne de déchets transférée, la garantie du transfert d'une quantité annuelle minimale de déchets et l'adaptation annuelle du montant de la redevance à l'évolution des coûts qu'il supporte ainsi que dans l'hypothèse où la quantité annuelle effective de déchets transférée est inférieure à 95% ou supérieure à 115% de la quantité minimale garantie, cela afin de garantir

(133) Directive 2004/18/CE, art. 1<sup>er</sup>, 4.

(134) Arrêt du 18 juillet 2007, *Commission. c. Italie*, C-382/05, pt 30.

(135) Arrêt du 10 septembre 2009, *WAZV Gotha*, C-206/08, pts 40 à 43.

(136) Arrêts du 10 novembre 1998, *B.F.I. Holding*, C-360/96, pt 25; du 7 décembre 2000, *Telaustria e.a.*, C-324/98, pt 41 (annuaires téléphoniques); du 30 mai 2002, *Buchhändler-Vereinigung GmbH e.a.*, C-358/00, pt 27; du 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, pts 9 et 16; du 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, pts 37 à 43 (parking public payant); du 20 octobre 2005, *Commission c. France*, C-264/03, pts 32-33; du 27 octobre 2005, *Contse*, C-234/03, pt 22; du 6 avril 2006, *ANAV*, C-410/04, pts 17 à 21 (transport public); du 6 mars 2007, *Placanica*, C-338, 359 et 360/04, pt 40 (paris sur des événements sportifs); du 18 juillet 2007, *précité*, pts 33 et 34 (déchets domestiques urbains); du 13 septembre 2007, *Commission c. Italie*, C-260/04, pt 20 (paris sur des événements sportifs); du 13 novembre 2008, *Coditel Brabant SA*, C-324/07, pt 24 (gestion d'un réseau de télédistribution); *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, *précité*, pt 72; *WAZV Gotha*, *précité*, pt 51; du 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, C-196/08, pt 39; du 13 avril 2010, *Wall AG*, C-91/08 (toilettes publiques à des fins publicitaires); du 9 septembre 2010, *Ernst Engelmann*, C-64/08 (jeux de hasard dans les casinos).

(137) Arrêt *WAZV Gotha*, *précité*, pt 55.

(138) N° 2000/C 121/02, *J.O.C.E.*, n° C 121 du 29 avril 2000.

(139) Arrêts *Contse*, *précité*, pt 22; *Parking Brixen*, *précité*, pts 37 à 40; du 18 juillet 2007, *précité*, pts 33 et 34; *ANAV*, *précité*, pt 16; *Placanica e. a.*, *précité*, pt 40; du 13 septembre 2007, *précité*, pt 20; *Coditel Brabant SA*, *précité*, pt 24; du 13 novembre 2008, *précité*, pts 28 à 30; *WAZV Gotha*, *précité*, pt 59; *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, *précité*, pt 71.

l'équilibre économique et financier de l'opérateur<sup>(140)</sup>.

Qu'en est-il dans des secteurs fortement régulés comme celui de l'eau ou de l'énergie? Ces secteurs font l'objet d'un important encadrement normatif qui peut avoir pour effet de limiter les risques économiques encourus lors de l'exploitation d'un service. Dans de telles situations, les modalités de droit public applicables à l'organisation du service, lesquelles réduisent les facteurs d'atteinte à la concurrence, échappent à la maîtrise du pouvoir adjudicateur; il est dès lors impossible à celui-ci d'introduire et, partant, de transférer des facteurs de risque qui sont exclus par ces modalités. Il importe dans ce cas que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation même si ce risque est dès l'origine très limité<sup>(141)</sup>.

## II. Avec les accords-cadres

Ces deux figures juridiques présentent des caractéristiques assez voisines de sorte que la qualification juridique d'un contrat comme concession de services ou comme accord-cadre dépend essentiellement des éléments concrets du dossier. Il ressort toutefois de leur définition respective que si la concession de services se caractérise notamment par le transfert d'un risque certain, « un accord-cadre est caractérisé par une situation dans laquelle l'activité de l'opérateur économique est encadrée dans la mesure où tous les marchés à passer par ledit opérateur au cours d'une période donnée doivent respecter les conditions prévues à cet accord »<sup>(142)</sup>.

Ainsi, le marché conclu entre une caisse d'assurance maladie et un cordonnier orthopédiste apparaît comme un contrat dit de « prise en charge intégrale » aux termes duquel le cordonnier assume l'obligation de servir de manière individualisée les assurés qui vont s'adresser à lui moyennant paiement de ce dernier par la caisse. Dès lors qu'il apparaît de l'analyse du contrat que le risque pré-

pondérant lié à l'exploitation de ces activités n'est pas supporté par le prestataire eu égard au fait que le prix des différentes prestations est défini dans le contrat de même que la durée de celui-ci et eu égard à la circonstance que la caisse est la seule débitrice de la rémunération des interventions de l'opérateur, il s'agit d'un accord-cadre<sup>(143)</sup>.

### b) Régime juridique

Les concessions de services ne ressortissent pas au champ d'application des directives marchés publics, qu'il s'agisse des secteurs classiques ou des secteurs spéciaux. Cette solution, d'abord prétorienne, est consacrée par les articles 17 de la directive 2004/18/CE et 18 de la directive 2004/17/CE qui les excluent expressément de leur champ d'application. C'est dès lors à la lumière du droit primaire et, plus particulièrement, des règles relatives au marché intérieur, soit les libertés fondamentales prévues par le traité, que doivent être examinées les conséquences du droit communautaire sur l'attribution et l'exécution de telles concessions<sup>(144)</sup>, du moins lorsque la concession est susceptible d'intéresser une entreprise située dans un État membre autre que celui dans lequel cette concession est attribuée<sup>(145)</sup>.

#### 1. Quelles règles du Traité?

Les autorités publiques les concluant sont tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général. Il y va tout d'abord de l'article 12 TFUE et de ses corollaires, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité et le principe d'égalité de traitement qui trouve à s'appliquer même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité. Il y va ensuite des dispositions du Traité plus spécifiquement applicables aux concessions de services, à savoir les articles 49 TFUE (ex-art. 43 CE) (liberté d'établissement) et 56 TFUE (ex-art. 49 CE) (libre prestation des services), dispositions qui sont des expressions spécifiques du principe général d'égalité de traitement. Enfin, à l'égard des États

(140) Arrêt du 18 juillet 2007, précité, pts 35 à 45.

(141) Arrêt *WAZV Gotha*, précité, pts 69 à 80.

(142) Arrêt *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, précité, pts 67 à 76.

(143) *Ibidem*.

(144) Arrêts du 18 novembre 1999, *Unifron Scandinavia et 3-S*, C-275/98, pt 31; *Telaustria Verlags GmbH e.a.*, précité, pts 60 à 63; *Buchhändler-Vereinigung GmbH e.a.*, précité, pts 22 à 26; *Coname*, précité, pts 9 et 16; *Parking Brixen*, précité, pts 42 et 46; du 20 octobre 2005, précité, pts 32-33; *Contse*, précité, pt 23; *ANAV*, précité, pts 17 à 21; *Placanica e.a.*, précité; du 18 juillet 2007, précité, pt 29; du 13 septembre 2007, pt 21; du 17 juillet 2008, *ASM Brescia*, C-347/06, pt 57; *Coditel Brabant SA*, pt 25; *WAZV Gotha*, précité, pt 44; du 10 septembre 2009, *Sea Srl*, C-573/07, pts 38 et 39; du 15 octobre 2009, *Acoset SpA*, C-196/08, pts 46 à 50; *Wall AG*, précité, pts 33 à 36; du 3 juin 2010, *Sporting Exchange*, C-203/08, pt 39; *Ernst Engelmann*, précité, pt 49.

(145) Arrêts *Coname*, précité, pt 17; *Wall AG*, précité, pt 34; *Sporting Exchange*, précité, pt 40; *Ernst Engelmann*, précité, pt 50.

membres, il y va de l'article 106, §1<sup>er</sup>, TFUE (ex-art. 86, §1<sup>er</sup>, CE).

Par contre n'en fait pas partie l'article 101 TFUE (ex-art. 81 CE) relatif aux accords « entre entreprises », lequel ne vise pas, en principe, les contrats de concession conclus entre une collectivité politique agissant en sa qualité d'autorité publique et le concessionnaire chargé d'un service public<sup>(146)</sup>.

## ii. Quelles conséquences ?

### – Sur l'attribution des concessions de services

Les principes et dispositions précités impliquent, notamment, une obligation de transparence, laquelle, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, impose à l'autorité concédante de garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture des concessions de services publics à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'attribution.

Concrètement, il revient aux juridictions nationales de contrôler l'adéquation des modalités de mise en concurrence de la concession en cause au prescrit des dispositions précitées ainsi qu'au principe général d'égalité de traitement. Il est permis de s'inspirer des procédures formalisées de passation prévues par les directives marchés publics sans que cela ne soit pour autant une obligation. En toute hypothèse, l'absence totale d'une mise en concurrence d'une concession n'est pas conforme aux exigences des articles 49 et 56 TFUE non plus qu'aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, l'entreprise située dans un autre État membre n'ayant dans ce cas aucune possibilité réelle de manifester son intérêt pour obtenir ladite concession.

Par ailleurs, indépendamment de l'attitude adoptée par une autorité concédante dans l'attribution d'une concession spécifique, les États membres ne peuvent pas, en vertu de l'article 106, §1, TFUE, maintenir en vigueur une législation nationale qui permet l'attribution de concessions de services sans mise en concurrence dès lors qu'une telle attribution viole les articles 49 et 56 TFUE ou les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence.

### – Sur le concessionnaire de services

Le concessionnaire de services est-il lié pour sa part par l'obligation précitée de transparence lorsqu'il conclut un contrat relatif à des services entrant dans le champ d'application de la concession ?

La réponse à cette question dépend de la nature de la société concessionnaire. En effet, seules les autorités publiques sont tenues par cette obligation de transparence. Toutefois, en l'absence de disposition de droit dérivé définissant le champ d'application *ratione personae* de l'obligation de transparence, on peut se poser la question de son application à des sociétés d'économie mixte.

Pour assimiler une entité concessionnaire à une autorité publique liée par l'obligation de transparence, il y a lieu, pour la Cour<sup>(147)</sup>, de s'inspirer de certains aspects de la définition de la notion de pouvoir adjudicateur figurant dans les directives marchés publics dans la mesure où ces aspects répondent aux exigences posées par l'application aux concessions de services de l'obligation de transparence qui découle des articles 49 et 56 TFUE. À cet égard, il convient de vérifier si deux conditions sont réunies, à savoir, d'une part, que l'entreprise concernée est sous le contrôle effectif de l'État ou d'une autre autorité publique et, d'autre part, qu'elle n'opère pas en situation de concurrence sur le marché. Tel n'est pas le cas en l'espèce dès lors que bien que la société d'économie mixte concessionnaire appartient à l'autorité concédante à hauteur de 51 %, les décisions de gestion requièrent la majorité des trois quarts des voix de l'assemblée générale de cette entreprise, dès lors que celle-ci a un quart seulement des membres du conseil de surveillance, y compris le président de celui-ci, nommé par l'autorité concédante et dès lors que si cette entreprise concessionnaire tire plus de la moitié de son chiffre d'affaires de contrats relatifs au territoire de la collectivité territoriale concédante, elle tire aussi une partie substantielle de ses revenus d'activités avec des autorités publiques autres que cette collectivité et avec des entreprises privées agissant sur le marché.

### – Sur les modifications au contrat de concessions

L'obligation de transparence impose-t-elle, lorsqu'il est envisagé de modifier un contrat de concession de services, d'ouvrir à nouveau à la concurrence

(146) Arrêts du 4 mai 1988, *Bodson*, C-30/87, pt 18; *Coname*, précité, pt 12.

(147) Arrêt *Wall AG*, précité, pts 47 à 57.

les négociations y relatives en garantissant un degré de publicité adéquat?

S'inspirant de la jurisprudence rendue en matière de marchés publics<sup>(148)</sup>, la Cour juge que des modifications substantielles, apportées aux dispositions essentielles d'un contrat de concession de services, pourraient appeler, dans certaines hypothèses, l'attribution d'un nouveau contrat de concession. La modification d'un contrat de concession de services en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue. À cet égard, un changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue dans le contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une telle modification de l'un des éléments essentiels du contrat de concession lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat, ce qu'il appartient en tout état de cause à la juridiction de renvoi de vérifier<sup>(149)</sup>.

### III. Exceptions

L'obligation de respecter le principe de transparence connaît deux exceptions.

#### – Exception *in house*

La Cour de justice retient l'exception *in house* à l'égard des concessions de services : les règles énoncées aux articles 12, 49 et 56 TFUE ainsi que les principes généraux dont elles constituent l'expression spécifique sont « exclues si, tout à la fois, le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire par l'autorité publique concédante est analogue à celui que cette dernière exerce sur ses propres services et si cette entité réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité qui la détient »<sup>(150)</sup>. Cette solution prétorienne n'allait pas de soi car, si l'application des directives dépend de l'existence

d'un contrat conclu entre deux personnes distinctes, il n'en va pas de même des articles 12, 49 et 56 TFUE et des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence qui y sont associés.

#### – Exception tirée des articles 51, 52 et 62 TFUE

Les restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services sont admissibles soit en tant que mesures dérogatoires expressément prévues par les articles 51, 52 et 62 TFUE soit lorsqu'elles sont justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et pour autant qu'elles soient conformes au principe de proportionnalité. Ces tempéraments bien connus sont-ils transposables dans le domaine des concessions de services? La Cour s'est engagée dans cette voie, en examinant, à l'aune de ces conditions, d'une part, le renouvellement d'anciennes concessions sans appel d'offres et, d'autre part, des législations nationales qui prévoient des conditions restrictives d'octroi de concession dans le secteur des jeux de hasard.

Dans le premier cas<sup>(151)</sup>, si l'objectif poursuivi, à savoir décourager le développement d'activités clandestines de collecte et d'attribution de paris, peut être reconnu comme une raison impérieuse d'intérêt général, contrairement à d'autres motifs de nature économique également avancés, comme le fait de garantir aux titulaires d'une concession la continuité, la stabilité financière et un rendement correct des investissements déjà réalisés, l'État n'a par contre pas démontré en quoi l'absence de mise en concurrence était nécessaire à la réalisation de cet objectif. Dans le second cas<sup>(152)</sup>, la Cour a admis qu'un système de concessions peut « constituer un mécanisme efficace permettant de contrôler les opérateurs actifs dans le secteur des jeux de hasard dans le but de prévenir l'exploitation de ces activités à des fins criminelles ou frauduleuses ». Elle a examiné les conditions édictées par les législations nationales pour l'attribution de ces concessions. Elle a ainsi admis la limitation du nombre des concessions d'exploitation des

(148) Arrêts du 5 octobre 2000, *Commission c. France*, C-337/98, pts 44 et 46, et du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, pt 34.

(149) Arrêt *Wall AG*, précité, pts 37 à 43.

(150) Arrêts *Parking Brixen*, précité, pts 56 à 62; *Coname*, précité, pts 23 à 26; *ANAV*, précité, pts 24 à 33; *Coditel Brabant SA*, précité, pt 26; *Sea Srl*, précité, pts 37 et 40; *Acoset SpA*, C-196/08, précité, pts 51 et 52.

(151) Arrêt 13 septembre 2007, précité, pts 26 à 37.

(152) Arrêts du 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, pts 32 et 61; du 21 septembre 1999, *Läärä e.a.*, C-124/97, pt 14; du 21 octobre 1999, *Zenatti*, C-67/98, pt 15; du 6 novembre 2003, *Gambelli e.a.*, C-243/01, pt 63; *Placanica e.a.*, précité, pt 47; du 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, C-42/07, pt 57.

jeux de hasard<sup>(153)</sup>, la durée de ces concessions jusqu'à quinze ans<sup>(154)</sup> ainsi que le principe de l'exigence d'avoir la forme juridique de la société anonyme<sup>(155)</sup>.

Elle a par contre sanctionné l'exclusion, des procédures d'attribution des concessions, des sociétés cotées sur les marchés réglementés, soit les sociétés de capitaux dont les actionnaires individuels n'étaient pas identifiables, d'autres moyens moins contraignants existant pour contrôler les comptes et les activités des opérateurs dans le secteur des jeux de hasard<sup>(156)</sup>; elle a fait de même à l'égard de l'obligation faite aux sociétés concessionnaires d'avoir leur siège sur le territoire national<sup>(157)</sup>.

### C. – LES SECTEURS SPÉCIAUX

En ce qui concerne les quatre secteurs spéciaux, à savoir le secteur postal, l'eau, l'énergie et les transports, il y a lieu d'examiner si le contrat en cause est susceptible d'être visé par la directive 2004/17/CE et par la partie de la loi du 24 décembre 1993 y afférente en ayant égard à la nature des personnes contractantes et à la nature des activités qui constituent l'objet spécifique du marché. Pour le surplus, les figures juridiques contractuelles font l'objet d'une définition identique dans les secteurs classiques et spéciaux.

(153) Arrêts *Gambelli*, précité, pts 62 et 67; *Placanica e.a.*, précité, pt 53; *Carmen Media Group*, précité, pt 84; *Ernst Engelmann*, précité, pts 44 et 45.

(154) Arrêt *Ernst Engelmann*, précité, pts 46 à 48.

(155) *Ibidem*, pts 28 à 31.

(156) Arrêt *Placanica e.a.*, précité.

(157) Arrêts *Gambelli*, précité, pt 74; *Placanica e.a.*, précité, pt 62; *Ernst Engelmann*, précité, pts 32 à 40.