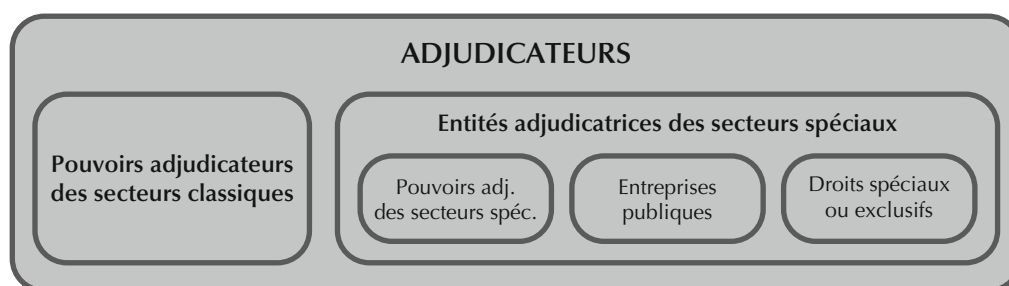


Droits spéciaux ou exclusifs

Les droits spéciaux ou exclusifs sont les droits accordés par l'autorité compétente au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité dans les secteurs spéciaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité⁽¹⁾.

Les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs sont une catégorie d'entités adjudicatrices⁽²⁾, au même titre que les pouvoirs adjudicateurs exerçant une activité dans les secteurs spéciaux⁽³⁾ et les entreprises publiques⁽⁴⁾. Les entités adjudicatrices (des secteurs spéciaux) et les pouvoirs adjudicateurs (des secteurs classiques) forment ensemble les « adjudicateurs »⁽⁵⁾.



Source : M. Vanderstraeten

La loi du 15 juin 2006 renvoyait aux personnes « de droit privé » bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs⁽⁶⁾. Les termes « de droit privé » ont disparu de la loi du 17 juin 2016, afin de tenir compte du cas exceptionnel d'une personne morale de droit public étrangère qui bénéficierait de droits spéciaux ou exclusifs en Belgique⁽⁷⁾.

Elia, Fluxys et Brussels Airport Company sont quelques exemples de personnes de droit privé bénéficiant actuellement de droits spéciaux ou exclusifs en Belgique.

Le fait de disposer de certains droits – comme celui d'exproprier – ne suffit pas à conclure à l'existence d'un droit spécial ou exclusif. Il faut en outre établir que les droits octroyés ont pour effet d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer l'activité concernée⁽⁸⁾.

Les droits octroyés au moyen d'une procédure ayant fait l'objet d'une publicité appropriée et selon des critères objectifs ne constituent pas des « droits spéciaux ou exclusifs ». Ces procédures sont notamment les procédures de passation de marché avec mise en concurrence préalable (en application de la loi « marché public », de la loi « défense et sécurité » ou de la loi « concessions ») et les procédures en vertu d'autres actes juridiques de l'Union européenne, énumérés à l'annexe IV de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et qui garantissent une transparence préalable suffisante pour l'octroi d'autorisations sur la

(1) Voy. la définition de « personne bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs » à l'article 2, 3°, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Une définition similaire figure à l'article 2, 3°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

(2) Art. 2, 4°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Sous la loi du 15 juin 2006, les entités adjudicatrices ne visait que les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.

(3) Art. 2, 1°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

(4) Art. 2, 2°, *ibid.*

(5) Art. 2, 5°, *ibid.*

(6) Art. 2, 3°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

(7) Exposé des motifs du projet de loi relatif aux marchés publics, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/1, p. 10. Sur l'opportunité d'inclure des personnes (de droit privé) bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs dans la réglementation des marchés publics, voy. S. ARROWSMITH, « Modernising the EU's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility », *P.P.L.R.*, 2012, p. 76.

(8) Comp. la situation prévalant sous le régime de la directive 93/38/CE et résumée par Y. CABUY et al., *Le droit des marchés publics en Belgique*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 142-143. Voy. égal. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 2, Londres, Sweet & Maxwell, 2018, pp. 276-278.

base de critères objectifs⁽⁹⁾. L'exposé des motifs de la loi précise que la liste de l'annexe IV n'est pas exhaustive et que des droits accordés sous d'autres formes (y compris par des actes de concessions) moyennant des critères objectifs et une publicité appropriée ne constituent pas non plus des droits spéciaux ou exclusifs⁽¹⁰⁾.

La loi du 17 juin 2016 et son arrêté d'exécution⁽¹¹⁾ s'alignent sur la directive 2014/25/UE⁽¹²⁾ en prévoyant un seul régime pour tous les secteurs spéciaux, qu'ils soient publics ou privés⁽¹³⁾. Les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs continuent cependant de jouir d'un régime plus souple que celui applicable aux entités publiques des secteurs spéciaux⁽¹⁴⁾ :

- les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ne sont pas soumises au droit des marchés publics lorsque les montants estimés de leurs marchés sont inférieurs aux seuils européens⁽¹⁵⁾ ;
- elles ne sont pas obligées d'inclure, au titre de la qualification ou de la sélection qualitative, les motifs d'exclusion obligatoires et facultatifs issus des secteurs classiques⁽¹⁶⁾ ;
- les règles générales d'exécution ne s'appliquent que très partiellement⁽¹⁷⁾ : il s'agit principalement des règles relatives aux modifications en cours d'exécution, qui sont par ailleurs appliquées plus soupement que dans les secteurs spéciaux publics⁽¹⁸⁾.

Malgré ces aménagements, l'application de l'essentiel du droit des marchés publics à ces entreprises privées paraît, dans bien des cas, incongru vu l'environnement commercial et transnational dans lequel ces industries de réseau évoluent. À l'origine, leur insertion parmi les entités adjudicatrices était motivée par l'influence indirecte que l'État était supposé exercer via l'octroi des droits exclusifs, ce qui aurait incité ces entreprises à privilégier des achats nationaux⁽¹⁹⁾. De nos jours néanmoins, ce risque paraît peu prégnant, voire inexistant, de sorte que l'opportunité de maintenir ces entreprises privées dans la réglementation des marchés publics pourrait être discutée⁽²⁰⁾.

M. VANDERSTRAETEN, AVOCAT

(9) Art. 2, 3°, al. 2 et 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

(10) Exposé des motifs du projet de loi relatif aux marchés publics, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/1, préc., p. 11.

(11) Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

(12) Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

(13) L'abrogation de la distinction entre les secteurs spéciaux publics et les secteurs spéciaux privés est motivée par la volonté de simplifier d'assouplir les règles applicables (exposé des motifs du projet de loi relatif aux marchés publics, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2015-2016, n° 54-1541/1, préc., p. 4 ; voy. égal. le commentaire de l'article 92, pp. 150-151).

(14) Voy. not. M. VANDERSTRAETEN, « Les secteurs spéciaux le sont-ils encore ? », *Chronique des marchés publics 2016-2017*, EBP, 2017, pp. 499-515.

(15) Art. 94 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Depuis le 1^{er} janvier 2020, ces seuils s'élèvent à 438.000 euros pour les fournitures et services, et à 5.350.000 euros pour les travaux.

(16) Au contraire des pouvoirs adjudicateurs des secteurs spéciaux : art. 151, § 1^{er}, al. 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

(17) Il s'agit des art. 12, § 4, 12/1, 37 à 38/6, 38/19, 62, al. 1^{er}, 1^o, et al. 2 et 62/1.

(18) Cf. not. l'absence de limite des 50 % pour l'application des articles 38/1 (prestations complémentaires) et 38/2 (événements imprévisibles).

(19) S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, op. cit., p. 185 ; P.-O. DE BROUX et D. DE JONGHE, « Marchés publics et industries de réseau : des secteurs exclus aux secteurs spéciaux », *R.D.I.R.*, 2015/3, pp. 269-270 ; D. D'HOOGHE et E. CLYMAN, « De reglementering opdrachten in de nutssectoren : zin en onzin van een afzonderlijke reglementering », *C.D.P.K.*, 2012, p. 342.

(20) S. ARROWSMITH, « Modernising the EU's public procurement regime: a blueprint for real simplicity and flexibility », *P.P.L.R.*, 2012/21, p. 76.