

## Les marchés publics dans l'Union européenne<sup>(\*)</sup>

**L**A THÉORIE DE LA CONTAMINATION inaugurée par l'arrêt Mannesmann soumettant toutes les activités d'un organisme de droit public, quelle que soit leur nature, aux directives « marchés publics » ne connaît pas de tempérament et s'applique même à l'égard d'entités qui appliquent une séparation nette interne entre les activités commerciales et les missions d'intérêt général. S'agissant de l'exception in house, la prise de décision à la majorité n'exclut pas l'existence d'un contrôle analogue, même dans le cas où le pouvoir adjudicateur est mis en minorité, dès lors que le contrôle analogue doit être apprécié au regard de l'ensemble des autorités publiques, ce qui confirme l'ouverture de l'exception in house à la coopération publique pure. Par ailleurs, la Cour a précisé les contours des mécanismes dérogatoires prévus par le droit communautaire à l'égard des marchés de défense et de sécurité, de même que les champs d'application respectifs des deux directives 2004/17 et 2004/18. Enfin, les pièces confidentielles peuvent ne pas être transmises aux parties à un procès sans pour autant être soustraites au contrôle du juge moyennant le respect de certaines conditions qui assurent le respect du procès équitable.

### 1

#### Introduction

**1. — Interprétation des directives.** — Pour interpréter les directives ou combler leurs lacunes, la Cour se réfère selon le cas aux objectifs poursuivis par celles-ci ou aux dispositions et principes issus du droit communautaire primaire.

Dans la première catégorie, les objectifs suivants sont mis en exergue :

— l'ouverture à la concurrence non faussée<sup>1</sup> ;  
— l'élimination, dans le cadre de la réalisation du marché intérieur, des entraves et des pratiques qui restreignent la liberté d'établissement et la libre prestation des services<sup>2</sup> ;

— garantir l'absence de risque de favoritisme de la part des pouvoirs publics et exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires nationaux lors d'une passation de marché et la possibilité qu'un pouvoir adjudicateur public se laisse guider par des considérations étrangères au marché en cause<sup>3</sup>.

Dans la seconde catégorie, le principe mis en avant est celui de l'égalité de traitement, qui doit être respecté « tout au long de la procédure » de passation, et qui comporte une obligation de transparence, laquelle exige que « tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de

leurs offres » et fassent « l'objet d'une publicité adéquate »<sup>4</sup>.

Par ailleurs, toute dérogation aux règles relatives aux marchés publics doit obéir à deux contraintes : elle doit faire l'objet d'une interprétation stricte ; il incombe à celui qui entend s'en prévaloir d'apporter la preuve que les circonstances exceptionnelles justifiant la dérogation existent effectivement<sup>5</sup>.

**2. — Applicabilité des directives.** — Les règles communautaires s'appliquent à un marché public à partir de la date d'adhésion de l'État en cause, même si le marché concerné a été conclu avant cette date<sup>6</sup>.

Situation purement interne ? Aucun élément des directives marchés ne permet de considérer que leur applicabilité dépendrait de l'existence d'un lien effectif avec la libre circulation entre États membres ; il suffit donc, pour que les directives soient applicables, que le marché soit visé par les directives et que son montant dépasse le seuil financier d'application, peu importe l'impact de celui-ci sur les échanges entre États membres<sup>7</sup>. L'on notera par contre que les marchés qui ne sont pas soumis aux directives ne doivent respecter le droit primaire et les obligations procédurales qui en découlent que s'ils présentent un « intérêt transfrontalier certain »<sup>8</sup>.

### 2

#### Champ d'application ratione personae

##### A. — Organisme de droit public

**3. — Préliminaires.** — La notion d'organisme de droit public est commune aux directives 2004/17 et 2004/18 ; il n'y a donc aucune raison que celle-ci reçoive une interprétation différente selon que l'organisme agisse dans les secteurs spéciaux ou dans les secteurs classiques. Pour le surplus, l'interprétation que doit recevoir cette notion est fonctionnelle et les trois conditions constitutives ont un caractère cumulatif<sup>9</sup>.

**4. — Besoins d'intérêt général.** — Interrogée sur le point de savoir si doit être qualifiée d'organisme de droit public une entreprise qui se consacre, en l'absence de concurrence réelle, à la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial (la fourniture de chauffage urbain) et qui opère en même temps sur un marché différent ouvert à la concurrence (planification générale d'installations de réfrigération), la Cour ne s'est pas écartée de sa jurisprudence en la matière<sup>10</sup>.

Les besoins d'intérêt général sont des « besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État ou une collectivité territoriale choisissent en général de satisfaire eux-mêmes ou à l'égard desquels ils entendent conserver une influence déterminante » (point 40). Tel est le cas de la fourniture de chauffage d'une agglomération urbaine par l'utilisation de l'énergie issue de la combustion des déchets, soit un procédé respectueux de l'environnement.

Pour vérifier si ces besoins ont un caractère autre qu'industriel ou commercial, il faut pren-

(\*) 2008.

(1) Arrêts 14 février 2008, *Varec s.a.*, C-450/06, point 34 ; 19 juin 2008, *Nachrichtenagentur*, C-454/06, point 31.

(2) Arrêts 24 janvier 2008, *Lianakis*, C-532/06, point 39 ; 21 février 2008, *Commission c. Italie*, C-412/04, point 2.

(3) Arrêt 16 décembre 2008, *Michaniki AE*, C-213/07, points 38-39 et 53-54.

(4) Arrêts *Lianakis*, précité, points 34 et 40 ; *Nachrichtenagentur*, précité, point 32.

(5) Arrêts 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, C-337/05, point 44 ; 2 octobre 2008, *Commission c. Italie*, C-157/06, point 23.

(6) Arrêt *Nachrichtenagentur*, précité, point 28.

(7) Arrêt *Michaniki AE*, précité, points 29-30.

(8) Voy. chronique 2006-2007, *même revue*, 2008, p. 280, point 14.

(9) Arrêt 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, C-393/06, points 35 à 37.

(10) *Ibidem*.



dre en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, à savoir les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions d'exercice de son activité, soit le marché de référence (point 41). Quant au premier point, il apparaît que la recherche de bénéfices n'a pas présidé à la création de cette entité, même si cette activité peut en engendrer. Quant au second point qui requiert de vérifier si l'entité exerce ou non ses activités en situation de concurrence, il apparaît qu'elle jouit d'une situation de quasi-monopole de fait, que ce secteur jouit d'une autonomie considérable, le système de chauffage urbain pouvant difficilement être remplacé par d'autres énergies, et que la ville y attache une importance particulière, de sorte que le critère de l'existence d'une concurrence développée est loin d'être rempli.

Enfin, pour ce qui est du spécifiquement, la Cour rappelle la théorie de la contamination inaugurée par l'arrêt *Mannesmann*<sup>11</sup> et réitérée dans plusieurs arrêts selon laquelle toutes les activités d'un organisme de droit public, quelle que soit leur nature, sont soumises aux directives sur les marchés publics. Il est, selon cette théorie, indifférent que, outre sa mission d'intérêt général, ladite entité accomplisse également d'autres activités dans un but lucratif; la part de ces activités lucratives dans les missions globales de cette entité est également sans pertinence.

**5. — Tempérament à la théorie de la contamination?** — Ne pourrait-on toutefois éviter cette théorie grâce à des mécanismes d'étanchéité entre les deux types d'activités, tels que la séparation des bilans et des comptabilités, qui assurent une absence d'interférences économiques entre elles, telles que des financements croisés? Cette exception figurait au point 68 des conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire ayant donné lieu à l'ordonnance de radiation du 23 mars 2006, *Impresa Portuale di Cagliari* (C-174/03). La Cour n'a pas suivi cette voie et a maintenu sa position même à l'égard d'entités qui appliquent une séparation nette interne entre les deux types d'activités, et ce pour des raisons de sécurité juridique, de transparence et de prévisibilité, outre de nombreux obstacles d'ordre pratique<sup>12</sup>.

## 3

**Champ d'application  
ratione materiae****A. — Collaboration  
entre personnes de droit public**

**6. — Première exception : l'exception *in house*.** — L'année 2008 a à nouveau été prolifique sur cette question puisque la Cour a prononcé quatre arrêts en la matière.

1<sup>o</sup> Le principe reste le même : les directives s'appliquent, en principe, aux marchés conclus

entre, d'une part, un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de ce dernier<sup>13</sup>.

2<sup>o</sup> Le libellé de l'exception *in house* reste identique : l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire, même si le cocontractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, lorsque deux conditions sont remplies : « D'une part, l'autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, doit exercer sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et, d'autre part, cette entité doit réaliser l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »<sup>14</sup>.

**7. — Exception *in house* : contrôle analogue.**

— Les apports jurisprudentiels relatifs à cette première condition ont été renouvelés moyennant des précisions importantes.

1<sup>o</sup> Le « contrôle analogue » est toujours défini comme celui qui permet d'exercer une « influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes ». À cet effet, il faut « tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes »<sup>15</sup>. Il faut donc procéder à une évaluation globale, tant en droit qu'en fait, du « taux de contrôle » sur l'organisme cocontractant.

Tel est le cas 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 contrôler l'action de celle-ci et en contrôle la comptabilité<sup>16</sup>.

Les circonstances pertinentes ont été définies comme ayant trait notamment à la détention du capital du cocontractant, à la composition de ses organes de décision et à l'étendue des pouvoirs de son conseil d'administration.

2<sup>o</sup> Quant au capital : l'exclusion du contrôle analogue reste de mise 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<sup>17</sup>. L'interdiction de la passation directe du contrat continue donc de frapper le vaste monde des sociétés d'économie mixte. Aujourd'hui, le recours à de tels partenariats passe par le respect des indications contenues dans la communication du 5 février 2008<sup>18</sup> selon laquelle en fonction du type de mission attribuée au P.P.P.I. (marché de travaux ou concession), les directives marchés publics ou les principes généraux du Traité CE s'appliquent à la sélection du partenaire privé et requièrent la mise en concurrence du marché<sup>19</sup>.

En revanche, la détention par 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>20</sup>.

Enfin, qu'en est-il d'une clause statutaire de l'entité permettant l'ouverture au capital privé? Dans deux arrêts de 2005<sup>21</sup>, la Cour n'avait pas retenu l'exception *in house* en présence d'une privatisation totale ou partielle déjà prévue dès l'attribution du contrat. Le rejet d'une telle clause n'est plus aussi catégorique désormais. Pour la Cour, « la possibilité pour des personnes privées de participer 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 première condition, relative au contrôle de l'autorité publique, n'est pas remplie »<sup>22</sup>. Pour des raisons de sécurité juridique, l'exception *in house* doit être examinée, en principe, au vu des conditions prévalant à la date de l'attribution du marché public en cause<sup>23</sup>. Pour concilier cette nouvelle appréciation avec les deux arrêts de 2005, la Cour réserve l'existence de circonstances particulières dont la preuve n'était pas rapportée par la Commission en l'espèce.

3<sup>o</sup> 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.

4<sup>o</sup> 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 acquiescer de ce fait une vocation de marché et une autonomie certaine l'affranchissant des autorités publiques affiliées. En l'espèce, 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.

5<sup>o</sup> *Quid* en cas de pluralité d'associés publics? Confirmant l'arrêt *Asemfo* du 19 avril 2007, la Cour a admis que le contrôle analogue peut être exercé conjointement par les associés publics. D'une part, si le contrôle doit être analogue, il ne doit pas être « identique en tous points à celui-ci »; s'il doit être effectif, « il n'est pas indispensable qu'il soit individuel ». D'autre part, la Cour admet cette pluralité d'associés publics à propos de la seconde condition de l'exception *in house*. Enfin, « exiger que le contrôle (...) soit individuel aurait pour effet d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une autorité publique enten-

(20) Arrêts 17 juillet 2008, précité, point 28; *Coditel Brabant s.a.*, précité, points 31 et 32 à propos d'une intercommunale dont les affiliés sont des communes et une autre intercommunale sans affilié privé.

(21) Arrêts 10 novembre 2005, C-29/04, point 34; 13 octobre 2005, C-458/03, point 67.

(22) Arrêt 17 juillet 2008, précité, point 29.

(23) Voy. 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*, Kluwer, 2008, p. 95.

(11) Voy. notre chronique 1995-2000, même revue, 2001, p. 165, point 11.

(12) Arrêt *Ing. Aigner*, précité, points 49-55.

(13) Ordonnance du 10 avril 2008, *Termoraggi*, C-323/07, point 18.

(14) Arrêts 8 avril 2008, *Commission c. Italie*, C-337/05, point 36; *Termoraggi*, précité, point 18; 17 juillet 2008, *Commission c. Italie*, C-371/05, point 22; 13 novembre 2008, *Coditel Brabant s.a.*, C-324/07, point 26.

(15) Arrêts 17 juillet 2008, précité, point 24; *Coditel Brabant s.a.*, précité, point 28.

(16) Arrêt 17 juillet 2008, précité, points 25 et 26.

(17) Arrêts 8 avril 2008, précité, points 38 à 41; *Coditel Brabant s.a.*, précité, point 30.

(18) 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 (P.P.P.I.), C(2007) 661, J.O.C.E., 12 avril 2008.

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



draît 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.

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 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.

On mesure le chemin parcouru depuis l'arrêt *Teckal* et ses premiers prolongements jurisprudentiels. 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'une décision d'espèce mais de principe.

**8. — Exception *in house* : l'essentiel des activités.** — Le seul arrêt prononcé à cet égard confirme la jurisprudence antérieure<sup>24</sup>. Quant à la mesure de l'« essentiel », elle reste floue, la Cour maintenant l'exigence que les prestations de l'entreprise liée soient « principalement » destinées à la collectivité, « toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal » (point 31). Par ailleurs, lorsque le capital de l'entreprise adjudicatrice est détenu par plusieurs collectivités publiques, il est confirmé que l'activité à prendre en compte est celle que cette entreprise réalise avec l'ensemble de ces collectivités (point 32).

**9. — Seconde exception : les droits exclusifs.** — Une seconde exception provient de l'article 6 de la directive 92/50 (services), devenu l'article 18 de la directive 2004/18, lequel exclut les commandes de services à des pouvoirs adjudicateurs bénéficiant de droits spéciaux et exclusifs. Cette exception, qui est limitée aux marchés de services, ne trouve à s'appliquer que s'il existe des dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées qui confèrent à l'attributaire un droit exclusif portant sur l'objet du marché attribué<sup>25</sup>.

## B. — Les marchés et les concessions de travaux

**10. — Opérations d'urbanisme.** — Une législation nationale relative aux marchés de travaux exclut de son champ d'application les interventions directement exécutées par des particuliers en déduction de contributions liées à des charges d'urbanisme. Dans la droite ligne d'un arrêt célèbre précédent<sup>26</sup>, la Cour part du principe que la définition d'un marché public de travaux relève du domaine du droit communautaire.

Certes, une disposition de droit national prévoyant la réalisation directe d'un ouvrage d'équipement par le titulaire d'un permis de construire ou d'un plan de lotissement approuvé, en déduction de tout ou partie de la contribution due au titre de l'octroi du permis, fait partie d'un ensemble de règles en matière d'urbanisme ayant des caractéristiques propres et poursuivant une finalité spécifique, distincte de la directive 93/37; toutefois, cette circonstance ne suffit pas pour exclure la réalisation directe du champ d'application de la directive 93/37 lorsque les éléments requis pour qu'elle en relève se trouvent réunis, en particulier lorsque l'élément contractuel est présent et que la valeur de l'ouvrage égale ou dépasse le seuil financier d'application de cette directive.

**11. — Concessions de travaux.** — Il résulte de l'article 1<sup>er</sup>, d, de la directive 93/37 que la concession de travaux publics est 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. 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 »<sup>27</sup>. Désormais, ces considérations valent également pour les concessions de travaux<sup>28</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 évite au concessionnaire d'assumer les risques d'exploitation de l'ouvrage et ce qui en fait dès lors un marché de travaux. Il faut souligner qu'en l'espèce, l'exploitation du tramway devait être assurée par un gestionnaire aux termes d'un contrat de services à conclure, non pas avec le concessionnaire, mais avec le concédant qui fixe le montant à payer au concessionnaire.

## C. — Marché de services

**12. — Champ d'application.** — La directive 92/50 ne s'applique qu'aux services limitativement énumérés par ses annexes et distingue les services dits « prioritaires » (annexe I A) et les services dits « non prioritaires » (annexe I B). L'application de cette directive nécessite dès lors d'identifier les services qui font l'objet du contrat et de vérifier leur correspondance avec les catégories de référence contenues dans ces annexes.

La Cour s'est prononcée sur la classification des services suivants :

— la gestion, la maintenance et le développement de services informatiques appartiennent à la catégorie des services prioritaires mentionnés à l'annexe I A<sup>29</sup>;

— les services d'entretien d'installations de chauffage relèvent de l'annexe I A<sup>30</sup>;

— les activités de direction de travaux et les tâches de vérification de travaux rentrent dans la catégorie 12 de l'annexe I A<sup>31</sup>.

À propos de ces derniers services, la Cour a condamné une législation nationale qui prévoyait que lorsque ces tâches ne peuvent être assumées par les bureaux techniques des pouvoirs adjudicateurs, à qui elles incombent en principe, par manque de personnel constaté et certifié par le responsable de la procédure, l'administration peut les attribuer directement soit au concepteur du projet soit à des tiers figurant sur des listes établies par elle-même, sans recourir aux procédures de mise en concurrence, aucune exception de ce genre ne figurant dans la directive<sup>32</sup>.

Pour les services non prioritaires, la Cour a confirmé qu'ils sont soumis aux règles et principes fondamentaux du Traité<sup>33</sup>.

## D. — Marchés mixtes

**13. — Marché de travaux et autres.** — Dans ce cas, c'est l'objet principal du contrat qui détermine la directive marché qui s'applique. Le champ d'application est donc lié à l'objet principal du contrat, lequel — et c'est là la nouveauté — « 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 les marchés mixtes dans les marchés de travaux publics dès lors que 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 soustraire 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>34</sup>.

**14. — Marchés de fournitures et de services.** — Le critère vient ici des directives elles-mêmes. La directive applicable est fonction de la valeur prépondérante des produits ou des services qui font l'objet du marché<sup>35</sup>.

## E. — Les concessions de service public

**15. — Distinction entre marché de services et concession de service.** — La Cour confirme que le critère de distinction réside dans le mode de rémunération convenu du prestataire de services. Le mode de rémunération qui tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation caractérise une concession de servi-

(24) Arrêt 17 juillet 2008, précité, points 31 à 34.

(25) Arrêt *Termoraggi*, précité, points 23 à 25.

(26) Voy. chronique 2001-2002, même revue, 2003, p. 266.

(27) Voy. nos chroniques 2003-2005, même revue, 2006, p. 271, point 14 et 2006-2007, même revue, 2008, p. 280, point 17.

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

(29) Arrêt 17 juillet 2008, précité, point 20.

(30) Ordonnance du 10 avril 2008, précité, point 16.

(31) Arrêt 21 février 2008, précité, point 90.

(32) *Ibidem*, points 88 à 93.

(33) Arrêt *Nachrichtenagentur*, précité, point 33.

(34) *Ibidem*, points 45 à 52.

(35) Ordonnance du 10 avril 2008, précité, points 14 à 17.



ces publics. Tel est le cas d'une affiliation d'une commune à une intercommunale lorsque la première confie à la seconde la gestion de son réseau de télédistribution et que la rémunération de l'intercommunale provient non pas de la commune, mais de paiements effectués par les utilisateurs de ce réseau<sup>36</sup>.

La Cour a également insisté sur le fait que la concession implique un transfert du risque lié à l'exploitation des services en question vers le concessionnaire<sup>37</sup>. Il faut relever que la condition du transfert du risque, qui figure dans la communication interprétative de la Commission du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire<sup>38</sup>, ne se trouve pas dans le texte des directives; il faut sans doute 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 ou de l'ouvrage concerné.

**16. — Régime juridique.** — Les concessions de service public ne ressortissent pas au champ d'application de la directive 92/50<sup>39</sup>; cette solution prétorienne constante est désormais consacrée par l'article 17 de la directive 2004/18 qui les exclut explicitement de son champ d'application. Les autorités publiques les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du Traité en général. Il y va des principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement entre soumissionnaires. Ces principes 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 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 »<sup>40</sup>.

L'application de ces principes peut toutefois être écartée en présence du caractère *in house* du concessionnaire par rapport à l'autorité concédante. La Cour a à nouveau confirmé l'application de cette exception au domaine des concessions de service public<sup>41</sup>.

## F. — Marchés publics exclus

**17. — Les marchés de défense et de sécurité.** — Depuis longtemps, la Commission met en cause les réticences des États membres à recourir aux procédures de marché public pour leurs achats d'équipements de défense et de sécurité. Il est vrai que la logique de mise en concurrence et de transparence s'accommode peu avec les exigences de sécurité nationale et de confidentialité des informations. Le droit communautaire prévoit d'ailleurs des mécanismes dérogoires applicables à ces marchés<sup>42</sup>. La difficulté provient de ce que les États membres ont retenu une interprétation extensive de ces dis-

positifs d'exception. Deux arrêts constituent un coup d'arrêt à une telle démarche<sup>43</sup>.

À titre liminaire, la Cour insiste sur l'absence dans le Traité d'une réserve générale et automatique excluant du champ d'application du droit communautaire toute mesure prise au titre de la sécurité publique ou de la défense nationale; il n'existe que des dispositifs spécifiques applicables à certaines situations et il appartient à l'État membre qui entend s'en prévaloir de démontrer que ces exonérations ne dépassent pas les limites de ces hypothèses exceptionnelles.

1) L'article 296, § 1<sup>er</sup>, b, du Traité CE prévoit une exemption pour les mesures nationales qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre. Figurant dans les dispositions finales et générales du Traité, cette disposition permet de déroger à tout le droit communautaire matériel, primaire comme dérivé<sup>44</sup>; en outre, le libellé laisse aux États un pouvoir d'appréciation dans le choix des mesures<sup>45</sup>. Toutefois, cette exonération n'est applicable qu'aux produits destinés à des fins spécifiquement militaires. Il en résulte que l'achat d'équipements à double usage, c'est-à-dire qui sont susceptibles d'être utilisés à des fins tant civiles que militaires, doit nécessairement respecter les règles de passation des marchés publics. Ainsi, la fourniture d'hélicoptères à des corps militaires en vue d'une utilisation civile (corps de pompiers ou services de secours) doit respecter ces règles.

2) L'article 2, § 1<sup>er</sup>, b, de la directive 93/36, devenu l'article 14 de la directive 2004/18, exclut de son champ d'application les marchés de fournitures « sensibles »<sup>46</sup>. Le caractère confidentiel des données nécessaires à la production et à la commercialisation d'un équipement de défense et de sécurité permet-il d'invoquer cette disposition? En soi et par principe, non. Pour la Cour, « la nécessité de prévoir une obligation de confidentialité n'empêche nullement de recourir à une procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'un marché ». Le recours à cette disposition apparaît disproportionné au regard de l'objectif poursuivi, lequel ne paraît pas être mis en cause par une mise en concurrence, dès lors qu'il n'est pas démontré que le caractère confidentiel des données concernées serait moins bien garanti si la production d'équipements était confiée à d'autres sociétés. En d'autres termes, sauf à apporter la preuve contraire de manière concrète, l'objectif de protection des données sensibles en la matière peut être atteint par des procédés moins attentatoires aux règles communautaires.

## G. — Secteurs spéciaux

**18. — Champ d'application respectif.** — Les directives 2004/17 et 2004/18 présentent des différences notables entre elles en ce qui concerne tant les entités visées que leur champ d'application matériel : d'une part, alors que la directive

2004/18 ne s'applique qu'aux « pouvoirs adjudicateurs », la directive 2004/17 vise les « entités adjudicatrices », soit non seulement les « pouvoirs adjudicateurs », mais aussi les « entreprises publiques » ou des entreprises bénéficiant « de droits spéciaux ou exclusifs »; d'autre part, alors que la directive 2004/18 englobe quasiment tous les secteurs d'activité, la directive 2004/17 concerne quatre secteurs spécifiquement définis, dits « secteurs spéciaux », de sorte que les dispositions de cette dernière doivent être interprétées restrictivement et que les procédures y établies ne peuvent être établies au-delà de ce champ d'application. L'élément décisif pour déterminer le champ d'application de la directive 2004/18 réside dans la personnalité de celui qui lance le marché en cause (critère organique) alors que celui-ci pour la directive 2004/17 réside dans la nature de l'activité concernée par le marché (critère matériel)<sup>47</sup>.

**19. — Organisme de droit public.** — Comment déterminer le champ d'application respectif des directives 2004/17 et 2004/18 lorsqu'une autorité, qui est un organisme de droit public agissant notamment dans un des secteurs spéciaux, présente de ce fait la double qualité de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice »? Relèvent de la directive 2004/17 « les marchés qui sont passés dans le domaine d'une des activités qui sont expressément visées aux articles 3 à 7 de ladite directive ainsi que les marchés qui, même s'ils sont de nature différente et pourraient ainsi, en tant que tels, relever normalement du champ d'application de la directive 2004/18, servent à l'exercice des activités définies dans la directive 2004/17 ». « En revanche, tous les autres marchés passés par une telle entité en liaison avec l'exercice d'autres activités relèvent des procédures prévues par la directive 2004/18 » (points 56 à 58).

**20. — Entité adjudicatrice autre qu'un organisme de droit public.** — Une telle entité n'est tenue d'appliquer la procédure prévue par la directive 2004/17 que pour la passation des seuls marchés qui sont en rapport avec des activités visées aux articles 3 à 7 de ladite directive (points 23 à 33). Il n'y a pas place, dans le cadre de la directive 2004/17, pour l'application de la théorie de la contamination développée dans le cadre de la directive 2004/18 (*cf. supra*, point 5). En d'autres termes, une entité adjudicatrice qui exerce une activité relevant d'un des quatre secteurs spéciaux (exploitation d'un réseau fixe de chauffage urbain) ne relève pas de la directive 2004/17 pour ce qui concerne une autre activité exercée parallèlement (installations de réfrigération).

## 4

### Champ d'application ratione summae

**21. — Valeur du marché.** — Elle doit être appréhendée au regard de la valeur globale des différents travaux et ouvrages. Dans le cas

(36) Arrêt *Coditel Brabant s.a.*, précité, point 24.

(37) Arrêt 13 novembre 2008, précité, points 28 à 30.

(38) N° 2000/C 121/02, J.O., 29 avril 2000.

(39) Solution réaffirmée dans l'arrêt *Coditel Brabant s.a.*, précité, point 25.

(40) *Ibidem*, point 25.

(41) *Ibidem*, point 26.

(42) Voy. le Livre vert de la Commission sur les marchés publics de défense, 23 septembre 2004, COM (2004) 608.

(43) Arrêts 8 avril 2008, précité; 2 octobre 2008, précité (à propos d'achat d'hélicoptères).

(44) Voy. l'article 3 de la directive 93/36, devenu l'article 10 de la directive 2004/18.

(45) Voy. en ce sens, T.P.I.C.E., 30 septembre 2003, *Fiocchi Munizioni*, T-26/01.

(46) « Lorsqu'ils sont déclarés secrets ou lorsque leur exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité, (...) ou lorsque la protection des intérêts essentiels de la sécurité de l'État membre l'exige ».

(47) Arrêt *Ing. Aigner*, précité.



d'une opération d'urbanisme où l'autorité a confié au même lotisseur la réalisation de multiples ouvrages hétérogènes, cette valeur s'obtient par addition des valeurs des différents lots<sup>48</sup>.

**22. — Sous les seuils.** — La Cour a confirmé que les marchés publics d'une valeur inférieure au seuil d'application des directives ne sont pas pour autant exclus du droit communautaire. Les pouvoirs adjudicateurs les concluant sont, en effet, tenus de respecter les principes généraux du droit communautaire, tels que le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle, ainsi que les dispositions du Traité qui leur sont spécifiquement applicables, comme les articles 43 et 49 CE pour les marchés de services<sup>49</sup>.

Deux précisions ont été apportées à cet égard :

1) L'application des principes généraux à de tels marchés présuppose que ceux-ci présentent un intérêt frontalier certain. L'appréciation d'un tel intérêt, qui doit se faire avant l'avis de marché, appartient en principe au pouvoir adjudicateur concerné sous réserve d'un contrôle juridictionnel. Toutefois, une réglementation nationale ou locale pourrait établir des critères objectifs indiquant l'existence d'un intérêt frontalier certain, comme le montant d'une certaine importance du marché en cause en combinaison avec le lieu d'exécution des travaux, ou excluant un tel intérêt, comme un enjeu économique très réduit du marché en cause, tout en tenant compte des situations transfrontières particulières comme une agglomération située sur le territoire d'États membres différents<sup>50</sup>.

2) L'obligation de respecter ces principes et ces règles ne doivent pas faire l'objet d'une transposition dans les législations nationales dès lors que l'abstention du législateur national ne met pas en cause l'applicabilité de plein droit auxdits marchés de ces principes et de ces règles<sup>51</sup>.

## 5

### Modes de passation

**23. — Procédure négociée.** — La procédure négociée revêt un caractère exceptionnel. Il s'ensuit qu'elle ne peut être appliquée que dans des cas limitativement et expressément énumérés, que ces cas doivent faire l'objet d'une interprétation stricte et qu'il appartient à celui qui entend se prévaloir d'une telle hypothèse d'en apporter la preuve. Par conséquent, les États membres ne sauraient prévoir des hypothèses de recours à la procédure négociée non prévues ou assortir les hypothèses expressément prévues de conditions nouvelles ayant pour

effet de rendre le recours à ladite procédure plus aisé<sup>52</sup>.

En l'espèce, l'État en cause invoquait des spécificités techniques qui ne permettaient de confier la fabrication d'hélicoptères qu'à un opérateur déterminé sans toutefois les démontrer à suffisance de droit. Par ailleurs, en ce qui concerne l'interopérabilité de sa flotte d'hélicoptères de nature à réduire les coûts logistiques, opérationnels et de formation des pilotes, le même État s'est borné à en souligner les avantages sans cependant démontrer en quoi un changement de fournisseur l'aurait contraint à acquérir un matériel fabriqué selon une technique différente de nature à entraîner une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation ou d'entretien disproportionnées.

## 6

### Sélection qualitative

**24. — Causes d'exclusion.** — Les directives prévoient sept causes d'exclusion facultatives qui ont toutes trait aux qualités professionnelles du prestataire. La Cour confirme que cette énumération est exhaustive et fait obstacle à ce que les États membres ou les pouvoirs adjudicateurs complètent cette liste par d'autres causes d'exclusion fondées sur des critères objectifs tenant à la qualité professionnelle<sup>53</sup>.

Une disposition nationale, constitutionnelle en l'espèce, qui instaure un régime d'incompatibilité entre le domaine des médias d'information et celui des marchés publics est-elle compatible avec le caractère limitatif des causes d'exclusion? Pour la Cour, « un État membre est en droit de prévoir, en sus des causes d'exclusion fondées sur des considérations objectives de qualité professionnelle, limitativement énumérées (...), des mesures d'exclusion destinées à assurer le respect des principes d'égalité de traitement de l'ensemble des soumissionnaires, ainsi que de transparence, dans le cadre des procédures de passation des marchés publics »<sup>54</sup> dès lors que ces principes constituent la base des directives marchés.

Quant au contenu de ces mesures, la Cour reconnaît à chaque État une certaine marge d'appréciation, celui-ci étant « le mieux à même d'identifier, à la lumière de considérations historiques, juridiques, économiques ou sociales qui lui sont propres, les situations propices à l'apparition de comportements susceptibles d'entraîner des entorses au respect de ces principes ». Ainsi, la volonté d'un État membre de prévenir les risques d'interférence du pouvoir des médias d'information dans les marchés publics rejoint l'objectif d'intérêt général que constitue le maintien du pluralisme et de l'indépendance des médias d'information et sert tout particulièrement un autre objectif de cette nature, à savoir celui

consistant à lutter contre la fraude et la corruption (points 55 à 60).

De telles mesures doivent toutefois être conformes au principe de proportionnalité, c'est-à-dire ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif. N'est pas admissible à cet égard une présomption irréfutable d'incompatibilité entre le secteur des travaux publics et celui des médias d'information car elle ne laisse à de tels prestataires aucune possibilité de démontrer, face à d'éventuels indices mis en avant par un concurrent, que dans leur cas, il n'existe pas de risque réel d'atteinte aux principes précités (points 48 et 61 à 68).

**25. — Concurrence et causes d'exclusion.** — Les sanctions imposées par la Commission à des entreprises pour violation des règles du Traité en matière de concurrence sont-elles visées par certaines des sept causes d'exclusion précitées? Dans une affaire mettant en cause le Parlement européen qui avait attribué un marché de services à une entreprise condamnée peu auparavant par la Commission à une amende pour violation de l'article 81 du Traité CE (participation à des ententes), le tribunal s'est prononcé sur deux des causes d'exclusion figurant certes dans un règlement financier, mais rédigées en des termes identiques à celles figurant dans les directives<sup>55</sup>.

1° L'exclusion peut être prononcée en raison d'un jugement ayant autorité de chose jugée constatant un délit affectant la moralité professionnelle. Cette cause ne peut être retenue dès lors qu'une décision de la Commission ne constitue pas un jugement (point 58).

2° L'exclusion peut aussi viser un opérateur « qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier » : il en découle une obligation, pour le pouvoir adjudicateur, dès lors que celui-ci est informé, au cours de la procédure, d'une prétendue faute grave en matière professionnelle commise par un soumissionnaire, de vérifier cette information et, si cette faute grave est établie à suffisance de droit, d'exclure le soumissionnaire en question de la procédure. À défaut de précisions à cet égard dans les réglementations pertinentes, le pouvoir adjudicateur dispose d'une certaine marge d'appréciation en ce qui concerne la gravité de la faute. En l'espèce, le tribunal a annulé la décision du Parlement au motif que celui-ci a commis une erreur de droit en se contentant de constater l'absence de l'entreprise dans la base de données de la Commission et en omettant d'apprécier si le contenu de la décision de la Commission devait entraîner l'exclusion de l'entreprise de la procédure (points 59 à 74).

En conclusion, si la sanction elle-même ne peut constituer un motif d'exclusion, les faits sanctionnés peuvent, en revanche, être considérés comme une faute professionnelle grave et justifier une exclusion, le tribunal indiquant d'ailleurs clairement que c'est en vue de sanctionner ce type de comportement qu'une telle cause a été prévue (point 63).

(48) Arrêt 21 février 2008, précité, points 72 à 75.

(49) Arrêts 21 février 2008, précité, points 65-66; 15 mai 2008, *Secap*, C-147/06, et *Santorso*, C-148/06, points 19-20.

(50) Arrêt *Secap* et *Santorso*, précité, points 30 et 31.

(51) Arrêt 21 février 2008, précité, points 68, 81-82 et 94.

(52) Arrêt 8 avril 2008, précité, points 55-60.

(53) Arrêt *Michaniki*, précité, points 40 à 43.

(54) *Ibidem*, point 47.

(55) T.P.I.C.E., 4 juillet 2008, *Entrance Services*, T-333/07.



## 7

## Offres anormales

**26. — Seuil d'exclusion automatique.** — Les articles 30, § 4, de la directive 93/37 (travaux) et 55 de la directive 2004/18 autorisent le rejet des offres qui sont considérées comme anormalement basses moyennant une procédure contradictoire stricte permettant aux soumissionnaires de justifier leur prix, ce qui exclut le rejet automatique<sup>56</sup>.

Qu'en est-il pour les marchés de travaux d'une valeur inférieur au seuil financier d'application des directives? Il faut, dans ce cas, raisonner par rapport aux règles et principes fondamentaux du Traité. Une telle règle, bien qu'objective et non discriminatoire en soi, est jugée comme portant atteinte à ces principes aux motifs qu'elle est susceptible de constituer une discrimination indirecte en désavantageant dans la pratique les opérateurs des autres États dont les structures de coûts sont différentes, qu'elle peut donner lieu à des attitudes et à des arrangements anticoncurrentiels, voire à des pratiques de collusion, entre entreprises locales et qu'elle va à l'encontre de l'intérêt des pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas en mesure d'évaluer et la fiabilité des offres anormalement basses<sup>57</sup>.

La Cour introduit toutefois deux nuances :

1) Cette position ne concerne que les marchés revêtant un intérêt transfrontalier certain, ce qui relève du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur sous réserve d'un contrôle juridictionnel (cf *supra*, point 22).

2) L'exclusion automatique pourrait s'avérer acceptable en présence d'un nombre excessivement élevé d'offres, leur vérification contradictoire dépassant dans ce cas la capacité administrative du pouvoir adjudicateur ou pouvant causer du retard fatal à la réalisation du projet. Il est donc admissible de fixer un seuil raisonnable d'offres permettant l'application d'une règle automatique d'exclusion, le seuil de cinq offres n'étant pas considéré comme tel (points 32 à 35).

## 8

## Critères d'attribution

**27. — Et critères de sélection.** — Un avis de marché mentionne, à titre de critères d'attribution, (1<sup>o</sup>) l'expérience acquise au cours des trois dernières années, (2<sup>o</sup>) l'effectif et l'équipement du bureau et (3<sup>o</sup>) la capacité à réaliser l'étude au moment prévu. Si la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et l'attribution du marché peuvent avoir lieu simultanément, ces deux opérations sont néanmoins deux opérations distinctes et sont régies par des règles différentes. Ne peuvent dès lors être retenus

(56) Voy. notre chronique 2001-2002, même revue, 2003, points 16 à 19.

(57) Arrêt *Secap et Santorso*, précité, points 23 à 29.

comme critères d'attribution, lesquels visent à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, des critères qui concernent l'aptitude des soumissionnaires à exécuter un marché, tels que l'expérience, les qualifications et les moyens de nature à garantir une bonne exécution du marché<sup>58</sup>.

**28. — Pondération et mise en œuvre.** — Précédemment, la Cour a admis que le pouvoir adjudicateur puisse, moyennant trois conditions, déterminer, après le cahier des charges mais avant l'ouverture des offres, la pondération des sous-critères d'attribution<sup>59</sup>. Un pouvoir adjudicateur peut-il dès lors, dans les mêmes conditions, fixer tant la pondération des critères eux-mêmes que les sous-critères d'attribution? Il n'en est rien : « tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et — la locution adverbiale « si possible » a disparu — leur importance relative [doivent être] connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres »<sup>60</sup>. Il s'ensuit que l'information des soumissionnaires doit porter non seulement sur les critères d'attribution et sur leur pondération mais aussi sur les conditions de leur mise en œuvre, ce qui comprend notamment le système d'évaluation et de notation de chacun des critères<sup>61</sup>.

## 9

## Exécution du marché

**29. — Clauses sociales.** — Une législation nationale sur les marchés publics impose aux entreprises soumissionnaires d'appliquer au minimum aux travailleurs détachés la rémunération prévue dans la convention collective applicable au lieu d'exécution du marché. Saisie par une entreprise polonaise, sous-traitante d'une entreprise allemande d'un marché de travaux, qui avait vu son contrat résilié pour ne pas avoir appliqué ce salaire minimum, bien supérieur à celui applicable en Pologne, la Cour a remis en cause une telle législation. Tout d'abord, parce qu'une telle législation n'entre pas dans la définition des dispositions d'application générale, dont le respect est commandé par l'article 3 de la directive 96/71 sur les travailleurs détachés, puisqu'elle ne concerne que les marchés publics de travaux et exclut les marchés privés. Ensuite, parce qu'elle peut constituer une entrave à la libre prestation de services en faisant perdre l'avantage concurrentiel que tirent certaines entreprises de leurs coûts salariaux moins élevés<sup>62</sup>.

(58) Arrêt *Lianakis*, précité, points 25 à 32.

(59) Voy. notre chronique 2003-2005, *J.T.D.E.*, 2006, p. 268, point 26.

(60) Arrêt *Lianakis*, précité, points 32 à 45.

(61) Voy. pour deux cas d'application, *C.E.b., n.v. Interior Projects*, n<sup>o</sup> 183.809, du 5 juin 2008; *C.E.b., s.a. Société liégeoise de Micro-Informatique*, n<sup>o</sup> 85.195, du 7 juillet 2008. P. Nihoul, « Le principe d'égalité dans les marchés et les contrats publics », in *Liber amicorum R. Andersen*, Bruylant, 2009.

(62) Arrêt 3 avril 2008, *Rüffert*, C-346/06.

**30. — Durée du contrat.** — « Conclure un marché public pour une durée indéterminée est en soi étranger au système et à la finalité des règles communautaires en matière de marchés publics » dès lors qu'une telle pratique peut à terme entraver la concurrence et empêcher l'application des dispositions des directives en matière de publicité. Toutefois, « le droit communautaire, dans son état actuel, n'interdit pas » cette pratique<sup>63</sup>.

**31. — Modifications en cours d'exécution.** — Des modifications apportées à un marché public pendant la durée de sa validité « constituent une nouvelle passation de marché lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial », ce qui est « de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce marché », et nécessitent dès lors une remise en concurrence. Sont considérées comme des modifications substantielles (1) l'introduction de conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure initiale, auraient permis d'admettre d'autres candidats ou de retenir une autre offre, (2) l'extension du marché, dans une mesure importante, à des services non initialement prévus et (3) la modification de l'équilibre économique du contrat en faveur de l'attributaire du marché<sup>64</sup>.

Trois situations sont soumises à l'appréciation de la Cour :

1<sup>o</sup> Qu'en est-il d'un changement de cocontractant (points 39 à 54)? En principe, il s'agit d'un changement essentiel à moins que cette substitution ait été prévue dans les termes du marché initial, par exemple au titre de la sous-traitance, ou que le transfert d'activités représente une réorganisation interne du cocontractant comme en l'espèce (le nouveau prestataire est une société de capitaux dont le prestataire initial est l'actionnaire unique; il est contrôlé par celui-ci qui dispose d'un pouvoir de direction; il existe entre les deux entités un contrat de transfert des pertes et des bénéfices; le prestataire initial continue à assumer la responsabilité du respect des obligations contractuelles).

La cession des parts sociales du nouveau prestataire à un tiers, qu'elle soit déjà prévue ou non au moment du transfert des activités, va au-delà de la simple réorganisation interne et constitue un changement essentiel. Encore faut-il qu'elle soit effective; tant que la cession n'a pas eu lieu, la situation doit être analysée comme une réorganisation interne. Tout comme d'ailleurs la modification de la composition des associés du prestataire en cours de contrat : l'actionnariat d'un attributaire constituée sous la forme d'une société est en effet susceptible de changer à tout moment; il n'en irait autrement que dans des cas exceptionnels, telles que des manœuvres destinées à contourner les règles en la matière.

2<sup>o</sup> Qu'en est-il des modifications du prix (points 55 à 70 et 81 à 87)? Le prix constitue une condition importante d'un marché public; le modifier en cours de contrat, en l'absence d'une clause contractuelle expresse dans le marché initial, viole donc les principes d'égalité de traitement et de transparence. Toutefois, ne constitue pas une modification substantielle du marché :

(63) Arrêt *Nachrichtenagentur*, précité, points 73 et 74.

(64) *Ibidem*, points 34 à 37.

— la conversion des prix libellés en monnaie nationale en euros conformément aux dispositions relatives au passage à l'euro dans la mesure où il s'agit d'une adaptation du prix à des circonstances extérieures modifiées;

— la conversion des prix en euros accompagnée d'une modification de leur montant intrinsèque à condition que l'ajustement soit minime et s'explique d'une manière objective, ce qui est le cas s'il tend à simplifier les opérations de facturation (en l'espèce, des réductions de prix de 0,3%, de 1,47% et de 2,94% afin d'exprimer les prix en chiffres ronds);

— la référence à un nouvel indice des prix en exécution d'une clause contractuelle prévue en ce sens;

— l'augmentation d'un rabais, ce qui équivaut à une réduction de prix, pour autant que le rabais initial soit déjà prévu par le contrat de base et qu'il porte sur une partie des prestations dès lors qu'un tel rabais ne modifie pas l'équilibre économique du contrat en faveur de l'attributaire.

3<sup>o</sup> Que penser de l'insertion d'une clause de non-résiliation d'un marché conclu pour une durée indéterminée (points 72 à 80)? Une telle clause n'est pas d'emblée considérée comme illicite au regard du droit communautaire des marchés publics dès lors que celui-ci n'interdit pas, dans son état actuel, la conclusion de marchés publics à durée indéterminée. S'agit-il alors d'une modification substantielle du contrat initial? Cette clause ne comporte pas le risque de fausser la concurrence dès lors que sa durée n'est pas excessive (trois ans en l'espèce), qu'elle n'est pas systématiquement réinsérée dans le contrat et qu'il n'est pas démontré que le pouvoir adjudicateur aurait eu, en l'absence d'une telle clause, une perspective concrète de mettre fin au contrat en cours et de procéder à une nouvelle mise en concurrence.

## 10

### Contrôle du comportement des entités adjudicatrices

**32. — Objectifs.** — Les directives recours « visent à renforcer les mécanismes existant, tant sur le plan national que sur le plan communautaire, pour assurer l'application effective des directives marchés publics, en particulier à un stade où les violations peuvent encore être corrigées », ce qui impose la mise en place de « recours efficaces et aussi rapides que possible »<sup>65</sup>.

**33. — Stand still.** — La Cour a rappelé que « les dispositions combinées de l'article 2, §§ 1<sup>er</sup>, a et b, et 6, second alinéa, de ladite directive doivent être interprétées en ce sens que les États membres sont tenus, en ce qui concerne la décision [d'attribution], de prévoir dans tous les cas une procédure de recours permettant au requérant d'obtenir l'annulation de cette décision

(...), indépendamment de la possibilité d'obtenir des dommages-intérêts lorsque le contrat a été conclu », ce qui suppose en particulier « l'obligation d'informer les soumissionnaires de la décision d'adjudication avant la conclusion du contrat, afin que ceux-ci disposent d'une réelle possibilité d'intenter un recours » et l'écoulement d'un « délai raisonnable (...) entre le moment où la décision d'attribution est communiquée aux soumissionnaires évincés et la conclusion du contrat, afin de leur permettre, notamment, d'introduire une demande de mesures provisoires jusqu'à ladite conclusion »<sup>66</sup>.

Tel n'est pas le cas d'une législation nationale qui prévoit que l'acte d'attribution emporte de iure la conclusion du contrat de sorte que celui-ci ne peut faire l'objet d'un recours spécifique antérieurement à la conclusion même du contrat. La possibilité d'agir contre des actes intermédiaires qui sont préalables à l'attribution d'un marché public et d'obtenir des mesures provisoires, comme la suspension de ces actes, ainsi que la faculté d'introduire un recours en annulation du contrat lui-même ne sont pas de nature à compenser l'impossibilité d'agir contre l'acte d'attribution seul, avant la conclusion du marché.

#### 34. — Maintien des effets d'un contrat annulé.

— Un tel maintien ne peut intervenir qu'en cas de perturbation grave du service public, ce qui est le cas lorsqu'il n'a vocation à s'appliquer qu'à titre exceptionnel, dans l'attente de l'adoption de mesures urgentes, et sous le contrôle des juridictions : dans ce cas, « la finalité est non de faire obstacle à l'exécution de la déclaration de nullité d'un contrat déterminé, mais d'éviter, lorsque l'intérêt général est en jeu, les conséquences excessives et éventuellement préjudiciables d'une exécution immédiate de ladite déclaration, ce dans l'attente de l'adoption de mesures urgentes, en vue d'assurer la continuité du service public »<sup>67</sup>.

#### 35. — Protection des informations confidentielles.

— Si les directives recours ne contiennent aucune disposition qui règle explicitement cette question, les directives matières ne sont pas muettes sur ce point. Ainsi, pour ce qui est de la directive 93/36, l'article 15, § 2, prévoit que les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation de respecter le caractère confidentiel de toutes les informations données par les fournisseurs; les articles 7, § 1<sup>er</sup>, et 9, § 3, reconnaissent aux pouvoirs adjudicateurs la faculté de ne pas communiquer certaines informations lorsque leur divulgation porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre fournisseurs. De telles dispositions ne visent certes que la conduite des pouvoirs adjudicateurs, mais elles ont une incidence sur les recours juridictionnels. En effet, l'introduction d'un recours ne pourrait donner accès à de telles informations sous peine de gravement compromettre l'effet utile des dispositions précitées, et ce d'autant plus que l'opérateur économique concerné n'est pas nécessairement partie au litige. Il s'ensuit que « les obligations prévues par la directive 93/36 en ce qui concerne le respect de la confidentialité des informations par le pouvoir adjudicateur sont assumées, dans le cadre d'un recours, par l'instance

responsable de la procédure de recours », laquelle « doit pouvoir décider que des informations contenues dans le dossier (...) ne sont pas transmises aux parties et à leurs avocats, si cela est nécessaire pour assurer la protection de la concurrence loyale ou des intérêts légitimes des opérateurs économiques voulue par le droit communautaire ».

Cette position est-elle conforme à la notion de procès équitable, en particulier au principe du contradictoire qui implique le droit pour les parties à un procès de prendre connaissance de toutes les pièces ou observations présentées au juge en vue d'influencer sa décision et de les discuter? Le principe du contradictoire n'est pas absolu et est susceptible d'être mis en balance avec d'autres droits et intérêts, tels que la sauvegarde des droits fondamentaux d'un tiers ou d'un intérêt public important. Lesquels en l'occurrence? *Primo*, le droit au respect de la vie privée qui n'exclut pas les activités professionnelles ou commerciales, lesquelles peuvent comprendre la participation à une procédure de passation d'un marché public. *Secundo*, la protection des secrets d'affaires reconnue comme un principe général en droit communautaire. *Tertio*, le maintien d'une concurrence loyale dans les procédures de passation de marchés publics qui constitue un intérêt public important. Il s'ensuit que « le principe du contradictoire n'implique pas pour les parties un droit d'accès illimité et absolu à l'ensemble des informations (...) déposées devant l'instance responsable du recours. Au contraire, ce droit d'accès doit être mis en balance avec le droit d'autres opérateurs économiques à la protection de leurs informations confidentielles et de leurs secrets d'affaires ». Comment concilier les deux exigences? D'une part, l'instance de recours doit nécessairement pouvoir disposer des informations requises pour être à même de se prononcer en toute connaissance de cause, y compris les informations confidentielles et les secrets d'affaires. D'autre part, ladite instance doit, avant de communiquer ces informations à une partie au litige, donner à l'opérateur économique concerné la possibilité de faire valoir le caractère confidentiel ou de secret d'affaires de celles-ci.

Saisie d'une question identique, la Cour constitutionnelle de Belgique a statué dans le même sens en jugeant que la procédure devait compenser la soustraction d'éléments décisifs à la contradiction des parties : « les parties doivent être informées de ce qu'il existe des pièces confidentielles et être en mesure de consulter, si possible, une version non confidentielle de ces documents. En outre, il convient qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée de ces pièces ainsi que leur exactitude et leur pertinence »<sup>68</sup>. Depuis ces deux arrêts, le Conseil d'État belge s'est également prononcé sur cette question<sup>69</sup>.

Pierre NIHOUL<sup>(\*\*)</sup>

(65) Arrêts 10 janvier 2008, *Commission c. Portugal*, C-70/06, pts 40-42; 3 avril 2008, *Commission c. Espagne*, C-444/06, points 35-36.

(66) Arrêt 3 avril 2008, précité, points 37 à 39.

(67) *Ibidem*, points 53 à 57.

(68) Cour const. b., arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007, cons. B.9.3.

(69) C.E., s.a. *Betonac*, n° 176.826 du 14 novembre 2007; S.M. *Aqualège et crts*, n° 183.174 du 21 mai 2008.

(\*\*) Conseiller d'État au Conseil d'État de Belgique, maître de conférences à la Faculté de droit de l'U.C.L. Les commentaires relatifs à la présente contribution peuvent être envoyés à pierre.nihoul@raadvt-consetat.be.

