

Section III. – Champ d'application quant aux activités visées

Sous-section 1^{re}. – Marchés publics dans les secteurs de l'eau et de l'énergie et exclusions spécifiques

Article 46. *Dans les secteurs de l'eau et de l'énergie, sont soumises aux dispositions du présent titre les activités suivantes:*

- 1° *la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, d'électricité, de gaz ou de chaleur;*
- 2° *l'alimentation de ces réseaux en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur.*
Toutefois, dans le cas d'une entreprise publique, cette alimentation ne constitue pas une activité visée par la présente loi, à la double condition que:
 - a) *dans le cas de l'eau potable et celui de l'électricité:*
 - *cette entreprise publique produise de l'eau potable ou de l'électricité parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice par elle d'une activité autre que celles visées au présent article et aux articles 47 à 52;*
 - *l'alimentation du réseau public ne dépende que de la consommation propre de cette entreprise publique sans dépasser trente pour cent de sa production totale respectivement d'eau potable ou d'électricité calculée sur la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours;*
 - b) *dans le cas du gaz ou de la chaleur:-*
 - *cette entreprise publique produise du gaz ou de la chaleur en tant que résultat inéluctable de l'exercice d'une activité autre que celles visées au présent article et aux articles 47 à 52;*
 - *l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter de manière économique cette production et n'excède pas vingt pour cent du chiffre d'affaires de cette entreprise publique calculé sur la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours;*
- 3° *l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides.*

GENÈSE DE LA LOI

Article 46 de la loi du 15 juin 2006.

AUTEURS

Wouter MOONEN
Kris WAUTERS

DOCTRINE

ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2^e éd., Londres, Sweet & Maxwell, 2005, 1547p.

D'HOOGHE, D. (éd), *De gunning van overheidsopdrachten*, Bruges, Die Keure, 2009, 1011 p.

D'HOOGHE, D. et SCHELLEKENS, L., « De nieuwe wetgeving overheidsopdrachten. Een overzicht van de belangrijkste nieuwigheden », in M. Boes (éd.), *Administratief recht*, 'Themis', n° 44, Bruges, Die Keure, 2007, pp. 57-82.

DE KONINCK, C. et FLAMEY, P., *Overheidsopdrachten. De wetten van 15 en 16 juni 2006 houdende omzetting van de Europese Overheidsopdrachtenrichtlijnen: algemene inleiding en tekstgeschiedenis*, Anvers, Maklu, 2007, 563 p.

DE KONINCK, C. et RONSE, T. (éds), *European Public Procurement Law*, Alphen aan de Rijn, Kluwer, 2008, 783 p.

FLAMEY, P. et GHYSELS, J., « Artikel 29 Wet 24 december 1993 (betreffende de overheidsopdrachten) », *Tekst en Toelichting. Overheidsopdrachten*, Gand, Mys & Breesch, 1998.

FLAMME, M., MATHEÏ, P., FLAMME, P. DELVAUX, A. et DARDENNE, C., *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, Bruxelles, Confédération nationale de la Construction, Partie 1A, 1996-97, 1510 p.

PIJNACKER HORDIJK, E.H., VAN DER BEND, G.W. et VAN NOUHUYS, J.F., *Aanbestedingsrecht*, La Haye, SDU Uitgevers, 2009.

VANDENDRIESSCHE, F., *Publieke en Private Rechtspersonen*, Bruges, Die Keure, 2004, 531 p.

BIGAS, X., « Entités adjudicatrices : la question du lien du marché avec l'activité », *ACCP* 2011, n° 110, 33-35.

BRENET, F., « La distinction pouvoir adjudicateur – entité adjudicatrice », *ACCP*, 2011, n° 110, pp. 29-35.

DE KONINCK, C. et FLAMEY, P., « De wetten van 15 en 16 juni 2006 inzake overheidsopdrachten: ratio legis en belangrijke nieuwigheden », *R.W.*, 2007-08, pp. 2-19.

FLAMME, P. et FLAMME, M.-A., « La panoplie des directives 'marchés publics' se complète : les secteurs hier exclus (eau, énergie, transports et télécommunications) ne le seront plus demain (analyse de la directive 90/531 du 17 septembre 1990) », *R.M.C.*, 1991, pp. 346 et s.

SCHUTYSER, B., « De gunning van overheidsopdrachten in de rechtspraak van het Hof van Justitie (2004) en de Raad van State (2004-2005): een overzicht », *T.Gem.* 2006, n° 4, pp. 34-60.

VAN GARSSE, S., « Overheidsopdrachten in nutssectoren. De nieuwe richtlijn nr. 2004/17 van 31 maart 2004 in hoofdlijnen », *N.J.W.*, 2005, pp. 790-794.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

1. L'article 46 délimite le champ d'application de la réglementation relative aux marchés publics en ce qui concerne les secteurs spéciaux de l'eau et de l'énergie. Il s'agit concrètement de la transposition de l'article 3 de la directive 2004/17/CE. Cet article forme également le pendant de l'article 28 de la loi du 24 décembre 1993.

Il s'agit en principe selon l'article 46 des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques dans le secteur de l'eau qui sont soumis au titre III de la loi sur les marchés publics, sur base des activités qu'ils exercent dans le cadre de :

- 1° la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable (article 46, premier alinéa, 1°) ;
- 2° l'alimentation de ces réseaux en eau potable (article 46, premier alinéa, 2°).

2. Il s'agit en principe selon l'article 46 des pouvoirs adjudicateurs et des entreprises publiques dans le secteur de l'énergie qui sont soumis au titre III de la loi sur les marchés publics, des marchés et adjudications dans le cadre de :

- 1° la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité, de gaz ou de chaleur (article 46, premier alinéa, 1°) ;
- 2° l'alimentation de ces réseaux en électricité, en gaz ou en chaleur (article 46, premier alinéa, 2°).

- 3° l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides (article 46, premier alinéa, 3°)¹.

3. La directive se rapporte en premier lieu à la mise à disposition ou à l'exploitation de réseaux fixes pour la distribution d'électricité, de gaz et de chaleur au public. Elle vise par conséquent des entreprises qui produisent de l'électricité. Elle traite également des entreprises qui achètent de l'électricité qu'elles distribuent à des particuliers et à des entreprises. Il convient de souligner qu'il s'agit uniquement d'une activité exercée par un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique.

Le terme « mise à disposition » a déjà été décrit comme suit dans la doctrine française : « *La mise à disposition est donc une activité consistant notamment à bâtir et entretenir un réseau (travaux de génie civil, achat de rames ou de véhicules, etc.) et à organiser l'accès des exploitants qui utilisent le réseau pour rendre le service correspondant.* »²

Le Conseil d'État français a récemment eu l'occasion d'expliquer ce qu'il faut entendre par le terme 'exploitation'³. Les pouvoirs publics ne peuvent bénéficier de la réglementation relative aux secteurs spéciaux pour la simple raison qu'ils font exploiter un réseau fixe par un tiers (p. ex. par le biais d'une concession). Pour pouvoir bénéficier de la réglementation susmentionnée, ils doivent exploiter le réseau eux-mêmes ou laisser un tiers utiliser le réseau qu'ils exploitent. Le réseau doit en outre être exploité au moyen de personnel et de matériel propre⁴.

Dans le secteur de l'énergie, la directive s'applique également à l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides. Des entreprises telles que Shell, qui cherchent du pétrole en mer du Nord, peuvent donc en principe également relever de la directive.

Il ressort de ce qui précède qu'un lien avec un réseau est requis tant pour le secteur de l'eau que pour celui de l'énergie afin que les activités exercées dans ces secteurs puissent ressortir au champ d'application de la réglementation applicable des secteurs spéciaux⁵.

4. Si une entreprise publique s'occupe de l'alimentation, cette alimentation n'est pas considérée comme une 'activité spéciale' à la double condition que :

- dans le cas de l'eau potable et celui de l'électricité :
 - cette entreprise publique produise de l'eau potable ou de l'électricité parce que sa consommation est nécessaire à l'exercice par elle d'une activité autre que celles visées au présent article et aux articles 47 à 52 ;

1. Cette disposition n'a aucune importance dans le contexte belge. Voir aussi M. FLAMME, PH. MATHEI, PH. FLAMME, A. DELVAUX et C. DARDENNE, *Praktische commentaar bij de reglementering van de overheidsopdrachten*, Partie 1A, Bruxelles: Confédération nationale de la Construction, 1996-97, 467.

2. C. MENARD, "Eclaircissements sur les notions d'exploitation, de mise à disposition de réseaux et d'aire géographique", ACCP, 2011, n° 110, p. 37.

3. CE 14 novembre 2009, Département du Cher, *BJCP* 2010, n° 68, 93, avec concl. B. Dacosta.

4. J. MASCHIO, concl. C.J.U.E., 27 septembre 2002, *Concordia Bus Finlandia*, aff. C-513/99.

5. Ceci ne s'applique pas à l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides.

- l'alimentation du réseau public ne dépende que de la consommation propre de cette entreprise publique sans dépasser trente pour cent de sa production totale respectivement d'eau potable ou d'électricité calculée sur la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours ;
- dans le cas du gaz ou de la chaleur :
 - cette entreprise publique produise du gaz ou de la chaleur en tant que résultat inéluctable de l'exercice d'une activité autre que celles visées au présent article et aux articles 47 à 52 ;
 - l'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter de manière économique cette production et n'excède pas vingt pour cent du chiffre d'affaires de cette entreprise publique calculé sur la moyenne des trois dernières années, y inclus l'année en cours.

Cette exception a été prévue pour les entreprises qui n'ont pas elles-mêmes pour activité habituelle la distribution d'eau, d'électricité, de gaz ou de chaleur au profit de réseaux fixes et la production d'eau ou d'électricité. La distribution ou la production s'inscrit dans ce cas uniquement dans le cadre d'autres activités ou découle de ces activités. On souhaitait donc exclure les entreprises qui produisent de l'électricité, du gaz ou de la chaleur dans le cadre de leurs activités et qui approvisionnent accessoirement le réseau fixe au moyen de leurs excédents.

L'intention était d'éviter de soumettre à l'application de la directive relative aux secteurs spéciaux les activités d'entreprises publiques qui, normalement, y seraient soumises mais qui ne forment qu'une production nécessaire ou inéluctable à l'exercice d'une autre activité principale non visée. Ainsi en est-il pour la production accessoire de gaz, de chaleur ou d'électricité résultant de l'incinération de déchets ou d'une exploitation industrielle par une entreprise publique¹.

1. Exposé des Motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 656-1, pp. 37-38.

Article 48. *Sans préjudice de l'article 72, le présent titre n'est pas applicable aux pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 44, 1°, pour les marchés de travaux, de fournitures et de services se rapportant à la production d'électricité.*

GENÈSE DU TEXTE

Article 48 de la loi du 15 juin 2006.

AUTEURS

Wouter MOONEN
Kris WAUTERS

DOCTRINE

Voir introduction sous le Titre III.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

1. L'article 48 de la loi du 15 juin 2006 reprend l'idée qui était auparavant contenue dans l'article 42 de la loi du 24 décembre 1993. Il ressort de l'Exposé des Motifs préalable à l'article 42 que le législateur n'a inséré cette disposition que pour la clarté, les pouvoirs adjudicateurs étant, pour les marchés publics ayant trait à la production d'électricité, exclus de ce titre¹.

2. La *ratio legis* de cette disposition est de soumettre les pouvoirs adjudicateurs, tels que visés dans le présent article, au même régime que les entreprises privées. Ces pouvoirs adjudicateurs se trouvent en effet en concurrence directe avec les entreprises privées. Sont principalement visées les compagnies d'électricité à cet égard. Schutyser signale en la matière que le marché belge de la production d'électricité est actuellement en grande partie régi par deux producteurs d'électricité dont l'un (SPE), si l'on appliquait la distinction entre les deux régimes de manière conséquente, serait soumis au régime des entreprises publiques, et l'autre (Electrabel), au régime des entreprises bénéficiant de droits spéciaux². Ceci entraînerait une distorsion de la concurrence. C'est la raison pour laquelle, poursuit-il, le producteur qui relève du premier régime est pragmatiquement soustrait à ce régime et placé sous le champ d'application de l'autre régime³.

1. Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n° 656-1, p. 43.

2. B. SCHUTYSER, « Niets is wat het lijkt: een aantal bedenkingen over de omzetting van de richtlijnen nutssectoren in het Belgisch recht », in C. DE KONINCK e.a. (éd.), *Jaarboek overheidsopdrachten 2010-2011*, Bruxelles, EBP, 2011, p. 818.

3. *Ibidem*.

Article 49. *Dans le secteur de l'énergie, la présente loi ne s'applique pas aux marchés qu'un pouvoir adjudicateur ou qu'une entreprise publique exerçant une activité visée à l'article 47 passe pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie.*

GENÈSE DE LA LOI

Article 49 de la loi du 15 juin 2006.

AUTEURS

Wouter MOONEN
Kris WAUTERS

DOCTRINE

Voir introduction sous le Titre III.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

1. L'article 49 de la loi du 15 juin 2006 reprend l'idée qui était auparavant contenue dans l'article 30 de la loi du 24 décembre 1993. La disposition est une transposition de l'article 9.1, b) de la directive 90/531.

2. Dans le secteur de l'énergie, la loi sur les marchés publics ne s'applique pas aux marchés qu'un pouvoir adjudicateur ou une entreprise publique exerçant l'une des activités visées à l'article 47 passe pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie.

On a estimé qu'il ne convenait pas d'inclure ces achats dans le champ d'application parce que d'éventuelles règles de passation des marchés ne permettraient pas de surmonter les obstacles existants à l'achat d'énergie et de combustibles dans le secteur de l'énergie¹.

1. Considérant 17 de la directive 90/531.

Sous-section II. – Marchés publics dans le secteur des transports

Article 50. *Dans le secteur des transports, sont soumises aux dispositions du présent titre les activités suivantes:*

- 1° la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par train, métro, tramway, autobus, trolleybus, câble ou système automatique. En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par l'autorité compétente, portant notamment sur les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service;*
- 2° l'exploitation d'une aire géographique en vue de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport.*

GENÈSE DE LA LOI

Article 50 de la loi du 15 juin 2006.

AUTEURS

Wouter MOONEN

Kris WAUTERS

DOCTRINE

Voir introduction sous le Titre III.

COMMENTAIRE DE L'ARTICLE

1. Dans le secteur des transports, le titre III de la loi sur les marchés publics s'applique aux activités suivantes :

- A. la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par train, métro, tramway, autobus, trolleybus, câble ou système automatique. En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par l'autorité compétente, portant notamment sur les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service ;
- B. l'exploitation d'une aire géographique en vue de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport (article 50).

Le régime ci-dessus visé à l'article 50 se rapporte à la transposition de l'article 5 de la directive 2004/17/CE. La matière en question était auparavant réglée par l'article 32 de la loi du 24 décembre 1993.

Pour les notions de « mise à disposition » et « d'exploitation », nous renvoyons aux explications pour le secteur « eau et énergie ». Il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par l'autorité compétente, portant notamment sur les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service. Cette définition doit être interprétée au sens large. Outre la mise à disposition de réseaux de transport, l'exploitation est également soumise à ce régime. Est visée ici la fourniture de services de transport par le biais de ces réseaux. Les travaux d'infrastructure en font également partie¹.

2. L'Exposé des Motifs de la présente loi fournit de plus amples explications à propos de la notion de « mise à disposition ou exploitation d'un réseau » :

« Dans le secteur des transports, sont visées les activités suivantes :

la mise à disposition ou l'exploitation d'un réseau destiné à fournir un service au public dans le domaine du transport par train, métro, tramway, autobus, trolleybus, câble ou systèmes automatiques. La directive 93/ 38/CE et la législation antérieure ne visaient que l'exploitation d'un réseau de transport. Il en résultait qu'un pouvoir adjudicateur n'ayant aucune activité d'exploitation mais mettant un réseau à la disposition de transporteurs ne relevait pas pour ces marchés du régime des secteurs spéciaux. Le texte a été sur ce point aligné sur celui applicable aux autres secteurs. Désormais, les marchés relatifs à ces deux types d'activités relèveront des secteurs spéciaux. Ce sera le cas par exemple pour les marchés passés par un ministère régional et relatifs à la construction de lignes de métro exploitées ensuite par une autre entité.

Une modification en ce sens a déjà été apportée aux articles 32 et 53 de la loi du 24 décembre 1993 par les articles 304 et 311 de la loi-programme du 9 juillet 2004. Il s'agissait-là d'une transposition partielle de la directive 2004/17/CE afin de permettre l'utilisation des souplesses du régime des secteurs spéciaux dans le cas évoqué ci-avant. Cette transposition permettait également d'éviter qu'en cas de scission entre les activités de mise à disposition et d'exploitation d'un réseau comme pour les chemins de fer, les premières entrent dans le champ du régime classique ; »

3. L'article 50 de la nouvelle loi sur les marchés publics doit donc être compris en ce sens que les marchés d'entités adjudicatrices et d'entreprises publiques relatifs aussi bien à l'exploitation qu'à la mise à disposition d'un réseau, relèvent du régime spécial applicable aux secteurs d'utilité publique.

4. Spécifiquement en ce qui concerne l'article 50, § 2 de la loi relatif à « l'exploitation d'une aire géographique en vue de la mise à disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux d'aéroports, de ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport », la question se pose encore de savoir dans quelle mesure toutes sortes d'installations de terminaux sont visées par cette disposition.

1. C.J.U.E. 15 juin 2005, Strabag c/. Österreichische Bundesbahnen, aff. C-462/03 et aff. C-463/03, consid. 37-39.