

Marchés publics et industries de réseau: des secteurs exclus aux secteurs spéciaux

Pierre-Olivier de BROUX ¹

Delphine de JONGHE ²

TABLE DES MATIÈRES

1. Avant 1990 : l'exclusion européenne des services de transport, d'eau, d'énergie et de télécommunications	268
2. Les directives 90/531/CEE et 93/38/CEE : la réglementation des secteurs exclus	269
3. La directive 2004/17/CE : la consécration... provisoire des secteurs spéciaux	271
4. Conclusions	273

1. La réglementation des contrats de l'administration a une très longue histoire derrière elle, depuis la lettre écrite par Vauban à Louvois, ministre de Louis XIV en 1685 : « donnez le prix des ouvrages et ne refusez pas un honnête salaire à un entrepreneur qui s'acquittera de son devoir, ce sera toujours le meilleur marché que vous puissiez trouver »³. En Belgique, c'est l'article 21 de la loi du 15 mai 1846 qui a confirmé l'importance de la matière. Cet article disposait que « tous les marchés au nom de l'État sont faits avec concurrence, publicité et à forfait »⁴. En réalité, comme le rappelait Pierre Wigny en 1953, deux tendances se sont toujours opposées : celle qui « se méfiait des fonctionnaires » et « plaçait toute sa confiance dans la concurrence libre des entrepreneurs privés » ; et celle qui entendait « donner plus de liberté à l'administration », en lui permettant « de conclure des contrats de gré à gré »⁵.

Ce dilemme législatif n'a pas disparu, au contraire, avec la construction européenne et l'implication croissante des autorités communautaires dans ce qui allait désormais se nommer les *marchés publics*. Ceux-ci font partie intégrante des politiques européennes et du droit européen, spécialement celui de la concurren-

rence, qui vise depuis des décennies à faire tomber les barrières du protectionnisme national entre les États membres⁶. Parmi l'ensemble des secteurs d'activités concernés par ce renouveau législatif, il en est un qui caractérise assez bien le dilemme que nous relevions : c'est celui des industries de réseau.

2. La plupart des contrats passés dans le cadre d'activités en réseau ont, depuis l'implication du législateur européen dans les années 1960 et 1970, bénéficié d'un régime juridique spécifique. D'abord fortement épargnés (on parlait alors de secteurs « exclus » au niveau européen), ils ont fini par être intégrés à la réglementation relative aux marchés publics sous l'appellation de secteurs « spéciaux ». Cette catégorie des secteurs spéciaux est intimement liée à l'histoire des monopoles publics et des libéralisations imposées par l'Europe depuis les années 1980 dans les industries de réseau⁷. Le parallèle n'est pas parfait : certains opérateurs publics sont restés soumis à la réglementation « classique », tandis que certains opérateurs privés ont toujours échappé au droit des marchés publics. Mais pour l'essentiel, la réglementation spécifique s'est souvent adaptée à l'évolution des libéralisations, et s'est appliquée aux principaux acteurs de ces secteurs.

Trois étapes ont à ce jour marqué l'évolution de leurs rapports avec la réglementation européenne des marchés publics : leur exclusion de celle-ci, tout d'abord (1.), avant l'adoption d'une directive spécifique en 1990 (2.), puis la consécration des secteurs spéciaux en 2004 (3.). Une quatrième étape est d'ores et déjà amorcée par l'entrée en vigueur de la nouvelle directive 2014/25/CE du 26 février 2014 relative à la passa-

1. Professeur à l'Université Saint-Louis – Bruxelles et professeur invité à l'UCL – Mons
 2. Conseillère juridique et assistante chargée d'enseignement à l'Université Saint-Louis – Bruxelles
 3. Voir notamment X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, L.G.D.J., 1999.
 4. *M.B.*, 19 mai 1846. Et sauf les exceptions prévues à l'article 22 de la même loi, qui autorisaient le recours au contrat de gré à gré.
 5. P. WIGNY, *Droit administratif*, Bruxelles, Bruylant, 1953, p. 268. Voir aussi M.-A. FLAMME, « Les adjudications publiques et le contrôle du Conseil d'État », *Recueil de Jurisprudence du Droit administratif et du Conseil d'État*, 1955, n° 3.
 6. Voir l'excellente synthèse, mais qui ne laisse pratiquement pas de place aux marchés publics, de K.K. PATEL et H. SCHWEITZER (dir.), *The Historical Foundations of EU Competition Law*, Oxford, Oxford University Press, 2013. La concurrence n'est pas le seul objectif politique qu'a poursuivi l'Union à l'aide des marchés publics : le développement durable (E. FISCHER, « The Power of Purchase : Addressing Sustainability through Public Procurement », *E.P.P.P.L.*, 2013, pp. 2-7) ou l'innovation (M.A.B. BLAY, « The Strategic Use of Public Procurement in Support of Innovation », *E.P.P.P.L.*, 2014, pp. 3-11) en sont d'autres exemples récents. Le législateur belge ne disait pas autre chose lorsqu'il entreprit de moderniser son droit des marchés publics, au début des années 1960 : « si les commandes à placer par les pouvoirs publics doivent, pour une large part, s'inspirer du souci d'améliorer et de développer l'infrastructure du pays, elles peuvent aussi constituer un instrument efficace en vue de la diversification de l'activité industrielle, de la promotion du progrès technique et de l'abaissement des prix de revient » (*Doc. parl.*, Sénat, sess. 1961-1962, n° 364, p. 2).
 7. Voir P.-O. de BROUX, « Entre libéralisation et régulation : l'europanisation des industries de réseau », *L'europanisation. Sciences humaines et nouveaux enjeux*, sous la direction de D. DUEZ, O. PAYE et C. VERDURE, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 340-351 ; J. MODEN, *Les privatisations en Belgique. Les mutations des entreprises publiques 1988-2008*, Bruxelles, CRISP, 2008, spéc. pp. 41-54.

tion 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.⁸

1. Avant 1990 : l'exclusion européenne des services de transport, d'eau, d'énergie et de télécommunications

3. Dans les années 1970 apparaissent les deux premières directives européennes visant à harmoniser la matière des marchés publics à travers les différents pays européens⁹. Ces directives 71/305/CE et 77/62/CEE excluait expressément certains secteurs de leur champ d'application, à savoir les services de transport et les services de production, de distribution et de transport d'eau et d'énergie, ainsi que, pour la directive 77/62/CEE, les services qui opèrent dans le domaine des télécommunications¹⁰. Cette exclusion reposait essentiellement sur un principe de non-discrimination entre les entités actives dans ces différents secteurs, dès lors que celles-ci relevaient parfois du droit privé et parfois du droit public¹¹. En l'absence d'une solution permettant de soumettre les entités de droit privé à une certaine réglementation, le législateur européen a préféré exclure également les entités de droit public de ce nouveau droit européen des marchés publics.

4. Cette justification d'ordre juridique masquait mal une autre explication plus pragmatique, d'ordre socio-économique : les secteurs exclus n'étaient pas à considérer comme de « simples » secteurs économiques ; ils concernaient des matières d'intérêt général – d'où leur dénomination néerlandophone « *nutsectoren* », ou anglaise « *utilities* » –, étaient, à ce titre, particulièrement perméables à l'influence des autorités nationales et loin de réagir comme des marchés soumis à

un fonctionnement concurrentiel normal¹². Si la coexistence d'entités publiques et privées était réelle en Belgique, notamment dans le secteur de l'énergie¹³, c'est surtout l'importance stratégique et économique de ces secteurs qui justifiait politiquement leur mise à l'écart du droit européen des marchés publics. Toute tentative de les réglementer comme les autres secteurs se heurtait à « la volonté des États membres de poursuivre le plus longtemps possible une politique protectionniste grâce au pouvoir qu'ils ont d'accorder les privilèges (concessions ou autorisations) qui permettent aux entités gérant les secteurs concernés d'exercer leurs activités »¹⁴. Les entités actives dans les secteurs exclus constituaient, en effet, d'importants leviers d'action économique au service des pouvoirs publics, les incitant à céder à la tentation, ô combien naturelle, d'« acheter national »¹⁵.

5. Si les marchés dans ces différentes industries de réseau échappaient donc à la réglementation européenne, ils n'étaient pas pour autant exclus du droit belge des marchés publics. Au niveau national, c'est la nature de l'organisme gestionnaire qui détermine l'obligation de respecter ou non le droit des marchés publics. Dans les industries de réseau, à l'exception notoire du secteur de l'énergie, l'ensemble des organismes concernés (Régie des télégraphes et des téléphones ; Régie des voies aériennes ; Office de la navigation ; SNCB ; Société nationale des chemins de fer vicinaux ; Société nationale des distributions d'eau ; ...) étaient régis par la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public. Or, cette loi a été modifiée à deux reprises pour appliquer aux organismes qu'elle régit le régime général des marchés de l'État, sous réserve des dérogations prévues par leurs dispositions organiques ou statutaires¹⁶. Une partie des opérateurs dans les industries de réseau était donc en principe soumise au « droit commun » des marchés publics en raison de leur nature d'*organismes d'intérêt public* (OIP).

8. J.O.U.E., L 94 du 28 mars 2014.

9. Directive 71/305/CE du Conseil du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, J.O.C.E., L 185 du 16 août 1971 ; Directive 77/62/CEE du Conseil du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, J.O.C.E., L 13 du 15 janvier 1977. D'autres directives en matière de marchés publics avaient déjà été adoptées, mais elles visaient davantage la libéralisation du secteur que la coordination des législations nationales. Voir à ce sujet A. VAN LAERE, « L'europanisation des marchés publics dans deux secteurs critiques. L'informatique et les télécommunications », in *Stratégies d'entreprise et action publique dans l'Europe intégrée (1950-1980)*, M. Moguen-Toursel (éd.), Bruxelles, Peter Lang, 2007, pp. 233 et s. (Euroclio n° 37) ; M.-A. FLAMME, A. de GRAND RY et Ph. MATHEÏ, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 4^e éd., Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1978, pp. 17-93 ; M.-A. FLAMME, « La libération de la concurrence dans les marchés publics au sein de la C.E.E. », *Revue du Marché Commun*, 1965, pp. 277-290.

10. Art. 3, §§ 4 et 5, de la Directive 71/305/CE ; art. 2, § 2, de la Directive 77/62/CEE. Sur l'exclusion des télécommunications par la directive « fournitures », voir A. VAN LAERE, *op. cit.*

11. Comme on peut par exemple le lire dans l'exposé des motifs de la directive 71/305/CE : « il importe d'éviter que, pour leurs marchés de travaux, les services de production, de distribution et de transport d'eau et d'énergie soient soumis à des régimes différents selon qu'ils relèvent de l'Etat, des collectivités territoriales ou des autres personnes morales de droit public ou qu'ils possèdent une personnalité juridique distincte, et qu'il y a donc lieu d'exclure du champ d'application de la directive ceux des services visés ci-dessus qui rentrent dans ce même champ d'application en raison de leur statut juridique, en attendant que l'expérience acquise permette d'adopter une solution définitive ». Voir D. D'HOOGHE et E. CLYMANS, « De reglementering opdrachten in de nutssectoren : zin en onzin van een afzonderlijke reglementering », *C.D.P.K.*, 2012, p. 341.

12. *Ibid.*, p. 342.

13. Voir notamment l'excellente synthèse de R. BRION et J.-L. MOREAU, *Tractebel 1895-1995. Les métamorphoses d'un groupe industriel*, Anvers, Fonds Mercator, 1995, spéc. pp. 185 et s.

14. Ph. FLAMME et M.-A. FLAMME, « 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) », *Revue du Marché Commun*, 1991, p. 346.

15. *Ibid.*, p. 348.

16. Arrêté royal du 18 décembre 1957 pris en exécution de la loi du 12 mars 1957 portant certaines dispositions en matière financière, économique et sociale, M.B., 25 décembre 1957 ; arrêté royal n° 88 du 11 novembre 1967 modifiant et complétant la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public, M.B., 14 novembre 1967 – ce dernier arrêté imposant l'application à ces organismes de la nouvelle loi du 4 mars 1963 relative aux marchés passés au nom de l'État, M.B., 3 avril 1963.

6. La loi belge du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services¹⁷ a ensuite été adoptée, essentiellement dans le but d'assurer la transposition des premières directives européennes. Mais aussi pour remédier au retentissant scandale de la *Régie des télégraphes et des téléphones* (RTT), opérateur public et monopolistique des télécommunications à cette époque, qui fit grand bruit dans la presse et au Parlement. Ce scandale a été principalement causé par l'attribution de marchés à des sociétés privées dans lesquelles l'administrateur général de la RTT avait des intérêts¹⁸. L'affaire, frappant un des secteurs en réseau les plus rentables de l'époque, servit de « catalyseur », pour reprendre l'expression de Maurice-André Flamme¹⁹, afin d'étendre la législation des marchés publics à toutes les personnes de droit public, en particulier aux OIP de la loi de 1954 qui bénéficiaient de dérogations, mais aussi aux intercommunales, aux provinces et aux communes²⁰. La toute grande majorité des industries de réseau, presque exclusivement aux mains de personnes de droit public, se retrouvait ainsi soumise aux procédures prévues par la loi belge du 14 juillet 1976.

En revanche, dès qu'il s'est agi de transposer les nouvelles obligations européennes, notamment en matière de publicité des avis de marché, imposées par les directives précitées 71/305/CE et 77/62/CEE, les arrêtés royaux d'exécution de la loi exclurent soigneusement les secteurs des transports, de l'énergie, de l'eau et, pour les fournitures, des télécommunications, conformément à ces textes européens. Concrètement, ces secteurs étaient donc seulement exemptés de quelques obligations supplémentaires de publicité européenne²¹.

2. Les directives 90/531/CEE et 93/38/CEE : la réglementation des secteurs exclus

7. L'exclusion des secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications de la réglementation européenne sur les marchés publics n'a toutefois jamais fait l'unanimité et a été formellement remise en question dès 1985, lors de l'adoption par la Commission européenne de son Livre blanc relatif à

« l'achèvement du marché intérieur » européen, prémisses du grand rêve de marché unique européen qui est finalement entré en vigueur le 1^{er} janvier 1993. La Commission y rappelle que « Quatre secteurs-clés, l'énergie, le transport, l'eau et – dans le cas des marchés de fournitures – les télécommunications, ne sont actuellement pas visés par les directives. S'il est évident qu'il y a lieu de réaliser l'extension des directives à ces domaines avant 1992, une action supplémentaire est nécessaire pour tenir compte du fait que certains des pouvoirs adjudicateurs sont des organismes de droit public alors que d'autres relèvent du droit privé »²².

Le consensus se faisait ainsi de plus en plus large sur l'idée que, dans les secteurs exclus, « l'importance économique du marché public alliée au cloisonnement national » rendait nécessaire l'intervention des Communautés²³. En effet, sur le plan quantitatif d'abord, les achats publics dans les domaines de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications se chiffraient, à la fin des années 1980, à un montant presque aussi important que celui des marchés publics réglementés, montant qui, au surplus, ne cessait de croître ; sur le plan qualitatif ensuite, les secteurs exclus apparaissaient « comme des secteurs clefs pour assurer la compétitivité des producteurs européens dans des domaines de haute technologie ». Il devenait, dès lors, indispensable, « par une ouverture de procédures, de mettre en compétition les fournisseurs afin d'améliorer la qualité tout en abaissant les coûts des achats publics »²⁴.

8. C'est dans ce contexte qu'a été adoptée la première directive traitant spécifiquement des marchés publics dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, auparavant exclus de la réglementation : la directive 90/531/CEE du 17 novembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications²⁵. Elle incarne la première étape d'un long cheminement vers une coordination des procédures de passation appliquées par les entités opérant dans les secteurs « spéciaux », anciennement exclus.

La coordination des procédures de passation y est justifiée par l'absence de concurrence communautaire

17. *M.B.*, 28 août 1976.

18. Rapport de la commission parlementaire mixte chargée de l'examen du rapport R.T.T. du Comité supérieur de contrôle, *Doc. parl.*, Chambre, sess. 1974-1975, n° 630/1 ; voir P. VERHOEST, *Openbare telecommunicatie (1798-1998) : twee eeuwen politieke economie van het netwerkbeheer in België*, Bruxelles, VUB Press, 2000, pp. 107 et s. et H. DE RIDDER, *Zes maanden met dossier Demaegt*, Kapellen, De Nederlandsche Boekhandel, 1974.

19. M.-A. FLAMME, A. de GRAND RY et Ph. MATHEÏ, *op. cit.*, pp. 13 et 99 et s.

20. L'article 1^{er} de la loi vise toute « personne de droit public », ainsi que les « personnes morales dans lesquelles les pouvoirs publics détiennent un intérêt prépondérant et dont le Roi arrête la liste ».

21. Voir les deux arrêtés royaux d'exécution du 22 avril 1977 relatifs à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de travaux, *M.B.*, 26 juillet 1977, et du 8 décembre 1988 relatif à la mise en concurrence dans le cadre des Communautés européennes de certains marchés publics de fournitures, *M.B.*, 17 décembre 1988.

22. *Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur*, COM(85) 310, Bruxelles, 14 juin 1985 (disponible sur www.ena.lu), p. 23.

23. D. BERLIN, « Commentaire de la directive n° 90/531 C.E.E. du Conseil du 17 septembre 1990 relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (J.O.C.E., 29 octobre 1990, p. 1) », *A.J.D.A.*, 1991, p. 14.

24. *Ibid.*

25. *J.O.C.E.*, L 297 du 29 octobre 1990. Cette directive était couramment appelée, de manière assez paradoxale, « directive secteurs exclus ».

dans ces secteurs. Et cette absence est elle-même expliquée, d'une part, par « le caractère fermé des marchés sur lesquels elles opèrent, cette fermeture étant due à l'octroi par les autorités nationales de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné, l'exploitation d'une aire géographique donnée pour un but déterminé, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture de services publics de télécommunications » et, d'autre part, par les « différentes façons dont les autorités nationales peuvent influencer le comportement de ces entités, notamment par des participations dans leur capital ou une représentation dans les organes d'administration, de gestion ou de surveillance de ces entités »²⁶.

Eu égard à l'obstacle juridique qui avait été utilisé pour exclure ces secteurs de la réglementation (leur qualification juridique, de droit public ou privé), la directive tente d'utiliser comme critère d'application la nature de l'activité qu'elles exercent, quelle que soit la qualification de l'*entité adjudicatrice*, expression utilisée pour désigner à la fois les personnes publiques et les personnes privées, pour autant que ces dernières disposent de droits spéciaux et exclusifs²⁷. Les activités visées étaient limitativement énumérées à l'article 2, § 2, de la directive, qui incluaient la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics (eau, énergie, transport, télécommunications) ou l'exploitation d'une aire géographique (prospection énergétique et terminaux de transports – aériens, maritimes ou fluviaux). La liste des entités adjudicatrices concernées par cette nouvelle directive était fixée dans une dizaine d'annexes, classées par activité puis par État membre, en vue d'assurer la sécurité juridique. En effet, les critères retenus à l'article 2, fruits de longs compromis, étaient rédigés en des termes à ce point généraux, qu'il convenait que chacun – entités, États membres et Commission – puisse identifier le plus précisément possible les entités soumises au régime mis en place pour les marchés publics dans ces secteurs désormais qualifiés de « spéciaux »²⁸. La portée de ce champ d'application parfois fort imprécis, qui a peu évolué depuis cette époque, est très clairement analysée dans la contribution de Marianne Portelli au présent dossier.

9. Sur le fond, la directive 90/531/CEE instituait un système largement inspiré des règles applicables aux marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs désormais dits « classiques », mais toutefois sensible-

ment plus flexibles, notamment dans le choix des modes de passation (mettant déjà, comme aujourd'hui, la procédure négociée sur pied d'égalité avec les autres modes, sous la seule réserve d'organiser une mise en concurrence préalable et transparente). Elle n'apportait que des règles minimales (p. ex. en matière de spécifications techniques et de normes). Par souci, d'abord, d'assurer la transparence des opérations tout en évitant d'imposer une rigidité contre-productive, mais également à cause du manque de concordance entre les différents systèmes en présence²⁹.

Une seconde spécificité était prévue par l'article 3 de la directive, qui permettait le recours à un régime alternatif d'autorisation, moyennant l'autorisation de la Commission européenne, si les marchés de prospection énergétique répondaient aux conditions précises fixées par cette disposition. Il s'agit de l'ancêtre du régime d'exemption examiné en détail dans la contribution de Christophe Dubois au présent dossier.

10. Avant même sa transposition en droit belge, cette première directive a été remplacée par une seconde, la directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications³⁰. Ce remplacement rapide s'expliquait essentiellement par diverses évolutions du droit européen des marchés publics qu'il convenait d'intégrer dans la réglementation spécifique aux secteurs spéciaux (c'était en particulier le cas des marchés de services³¹, qui n'étaient pas visés par la première directive de 1990 et qui furent désormais également inclus dans la directive secteurs spéciaux).

11. La transposition belge intervint quelques mois plus tard, dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services³². Celle-ci entendait intégrer les acquis de l'ensemble des nouvelles directives européennes pour les travaux, les fournitures et les services, mais aussi et surtout la directive secteurs spéciaux. Or, celle-ci posait un problème fondamental pour le droit belge : d'une part, elle concernait des entités de droit privé, ce qui était essentiellement contraire aux habitudes de la matière ; d'autre part, elle prévoyait des règles nettement plus souples pour les OIP actifs dans les secteurs visés par la directive.

Les OIP et intercommunales des industries de réseau

26. Préambule de la Directive 90/531/CEE précitée, *J.O.C.E.*, 29 octobre 1990, p. 2.

27. Cette notion est largement évoquée dans le présent dossier, tant dans la contribution de M. PORTELLI que dans celle de M. HEINE, B. SCHUTYSER et R. van MELSEN.

28. Ph. FLAMME et M.-A. FLAMME, *op. cit.*, p. 352.

29. D. BERLIN, *op. cit.*, pp. 14 et 19 ; Ph. FLAMME et M.-A. FLAMME, *op. cit.*, pp. 367 à 381.

30. *J.O.C.E.*, L 199 du 9 août 1990.

31. Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, *J.O.C.E.*, L 209 du 24 juillet 1992, pp. 1 à 24.

32. *M.B.*, 22 janvier 1994, *errata*, *M.B.*, 25 février 1997.

étaient en effet, pour rappel, soumis à la loi du 14 juillet 1976. Une première modification d'importance, pour les secteurs des postes, des chemins de fer, du transport aérien et des télécommunications, avait cependant eu lieu lors de la transformation des OIP concernés en *entreprises publiques autonomes* (EPA), par la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques³³. Selon l'article 11 de celle-ci, « Les entreprises publiques autonomes ne sont soumises à la loi du 14 juillet 1976 relative aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services, qu'en ce qui concerne les marchés ayant trait à la mise en œuvre de leurs tâches de service public ». Pour ces EPA, l'évolution imposée par les directives européennes est toute en nuance : assouplissement pour leurs missions de service public, si elles relèvent des activités visées par la directive (ce qui était le plus souvent le cas) ; alourdissement pour les autres activités, hors service public, lorsqu'elles relèvent aussi des activités visées par la directive.

Les travaux préparatoires soulignent ces difficultés, et les solutions que le législateur entendait y apporter : « Un régime uniforme existant actuellement au niveau européen pour ce qui est des grands secteurs publics, la Belgique se voit obligée de créer deux régimes différents au sein de la même loi. La raison en est que le régime européen des procédures de passation de marchés à l'égard des secteurs dits exclus est différent et plus souple que celui prévu par la loi du 14 juillet 1976. Cela signifie notamment que, depuis le 1^{er} janvier 1993, Belgacom et la SNCB peuvent, au niveau européen, utiliser des procédures de passation plus souples que celles prescrites par la législation belge »³⁴.

En Belgique, c'est donc la loi précitée du 24 décembre 1993 qui présida à la formalisation de la réglementation nationale relative aux « secteurs spéciaux », mais par une multiplication de régimes un peu plus complexes que ceux prévus par la directive européenne 93/38/CEE, eu égard au contexte belge spécifique des industries de réseau. Quatre ensembles pouvaient être distingués :

- celui des pouvoirs adjudicateurs « classiques » (les intercommunales, en particulier), mais actifs dans les secteurs spéciaux, essentiellement bénéficiaires d'un assouplissement de la réglementation ;

- celui des entreprises publiques (Belgacom et la SNCB étaient les deux principales EPA évoquées dans les travaux préparatoires), bénéficiaires d'un assouplissement de la réglementation pour les marchés passés dans le cadre de leurs missions de service public ;
- celui des entités adjudicatrices, à savoir en droit belge les personnes morales de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, au sens du droit européen, qui sont soumises pour la première fois à la réglementation assouplie des marchés publics ;
- celui des entreprises publiques autonomes visées par la loi du 21 mars 1991 (toujours Belgacom et la SNCB), pour leurs marchés passés en dehors de leurs missions de service public, mais se rapportant à des activités visées par la directive européenne³⁵.

12. Plusieurs arrêtés royaux d'exécution spécifiques furent ensuite adoptés pour préciser ces divers régimes, en 1994 et 1996³⁶. L'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics fût également immédiatement déclaré applicable à l'ensemble des régimes de marchés publics dans les secteurs spéciaux, comme le rappelle et l'approfondit Valentine de Francquen, dans sa contribution au présent dossier.

3. La directive 2004/17/CE : la consécration... provisoire des secteurs spéciaux

13. Toutefois, l'adoption de la directive 93/38/CEE n'a en rien freiné les velléités des instances européennes de pousser encore davantage l'intégration et l'amélioration de la politique relative aux marchés publics. C'est ainsi que la Commission publia, fin 1996, un Livre vert avec pour titre « Les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir »³⁷. Elle y envisageait déjà une nouvelle réglementation visant à la simplification des règles et leur adaptation aux nouvelles pratiques des marchés suite notamment à la libéralisation de certains secteurs jadis exclus³⁸.

33. *M.B.*, 27 mars 1991. Sur cette réforme, voir notamment (outre la doctrine spécifique de l'époque) V. PIRLOT, « Décentralisation administrative et gestion des services publics en Belgique de l'indépendance à nos jours (1830-2006) », *Guide des organismes d'intérêt public en Belgique*, sous la direction de J.-M. Yante et P.-A. Tallier, t. 1^{er}, Bruxelles, Archives générales du Royaume, 2008, pp. 238-250.

34. Rapport fait au nom de la Commission des Finances, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 656-2, p. 17. Voir également l'exposé des motifs du projet de loi, *Doc. parl.*, Sénat, sess. 1992-1993, n° 656-1, pp. 7-8.

35. Voir l'article 11 de la loi du 21 mars 1991, tout à fait oublié lors de la dernière réforme de la réglementation des marchés publics, qui aurait dû soit l'amender soit le supprimer.

36. Arrêté royal du 26 juillet 1994 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux et de fournitures dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *M.B.*, 18 août 1994 ; arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *M.B.*, 26 janvier 1996 ; arrêté royal du 18 juin 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *M.B.*, 25 juin 1996.

37. Communication COM(96) 583, 27 novembre 1996.

38. D. D'HOOGHE et E. CLYMANS, *op. cit.*, p. 343.

Cette réforme se concrétisa au travers de deux nouvelles directives adoptées le 31 mars 2004 : la directive 2004/17/CE pour les secteurs spéciaux et la directive 2004/18/CE pour les secteurs classiques³⁹. C'est bien évidemment la directive 2004/17/CE qui retient principalement l'attention du présent dossier.

14. Une des principales caractéristiques de la directive 2004/17/CE est qu'elle se considère elle-même explicitement comme une réglementation de transition, visant des opérateurs se trouvant dans une situation intermédiaire⁴⁰.

En effet, un secteur ou un sous-secteur dont il est constaté qu'il fait désormais l'objet d'une concurrence effective est explicitement exclu du champ d'application de la directive. Il en est ainsi, dans le secteur des transports, des transports aériens, des transports maritimes communautaires ou encore – et c'est essentiel – du secteur entier des télécommunications, désormais libéralisé⁴¹.

La difficulté résidait toutefois en ce que le niveau de libéralisation variait très fort d'un secteur à l'autre et d'un pays à l'autre. La directive avait précisé pour raison d'être ce manque d'uniformité dans la libéralisation des différents secteurs visés. Le mouvement de libéralisation en marche devait permettre que les opérateurs actifs dans ces secteurs bénéficient à terme d'une concurrence effective dans tous les pays membres de l'UE, qui rendrait inutiles les précautions imposées par la réglementation relative aux marchés publics⁴².

Si les télécommunications constituent un secteur désormais étranger à la réglementation relative aux secteurs « spéciaux », un autre secteur l'a remplacé au sein de la directive 2004/17/CE, celui des services postaux. Lors de l'adoption de la directive de 1993, ce secteur était encore exclusivement aux mains des autorités publiques, de sorte qu'il convenait de continuer à les soumettre à la réglementation « secteurs classiques ». Les services postaux ont depuis lors connu un mouvement de libéralisation à l'échelle européenne qui a fait entrer des entreprises privées sur ce marché. Cette libéralisation étant toutefois loin d'être aboutie, le législateur européen était d'avis qu'elle avait besoin d'être accompagnée, notamment en sou-

mettant désormais les secteurs postaux à la directive « secteurs spéciaux ». Il revient ensuite au mécanisme de l'article 30 de la directive, qui fait l'objet du commentaire de Christophe Dubois dans le présent dossier, d'exempter définitivement les entités qui peuvent être considérées comme agissant dans un marché concurrentiel.

15. La directive 2004/17/CE innove également par l'introduction d'une définition quelque peu modifiée des « droits spéciaux et exclusifs ». Ceux-ci sont, en effet, décrits à l'article 2, § 3, comme des « droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité (soumise à la directive)⁴³ et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité ». Le fait d'avoir ajouté ces quelques mots à la définition antérieure n'est bien entendu pas anodin.

En somme, le champ d'application de cette directive se veut large – plus large que celui de la directive « secteurs classiques » –, afin de pouvoir inclure tous les opérateurs potentiellement soumis à l'influence des autorités nationales⁴⁴.

16. Personne n'en disconvient : la directive 2004/17/CE a mis un certain temps, voire un temps certain, à être traduite en droit belge ! De très nombreuses modifications législatives « sparadrap » ont d'abord été adoptées, pour rencontrer dans les délais requis les principales modifications imposées par l'Europe⁴⁵. Ensuite, une nouvelle loi a été promulguée avec (seulement) quatre mois et demi de retard par rapport au prescrit de la directive, soit le 15 juin 2006. Mais l'ensemble de la nouvelle réglementation des marchés publics (tant dans les secteurs classiques que spéciaux) n'est finalement entré en vigueur, dans sa grande majorité, que le 1^{er} juillet 2013... Il s'agissait pour l'essentiel de :

- la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services⁴⁶ ;
- l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passa-

39. 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.*, L 134 du 30 avril 2004 ; et Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, *J.O.U.E.*, L 134 du 30 avril 2004.

40. Voir les contributions de C. DUBOIS, C. MACZKOVICS et K. MICLOTTE au présent dossier.

41. Cons. 4 et 5 du préambule de la Directive 2004/17/CE précitée.

42. D. D'HOOGHE et E. CLYMANS, *op. cit.*, pp. 343-344 ; C. DUBOIS, *Les secteurs spéciaux. Réglementation belge et européenne des activités en réseau*, Waterloo, Kluwer, 2014, p. 19.

43. Le texte dit : « activité définie aux articles 3 à 7 ».

44. D. D'HOOGHE et E. CLYMANS, *op. cit.*, p. 345.

45. Comme par exemple, pour les secteurs spéciaux, la substitution des services postaux aux télécommunications, par la loi-programme du 9 juillet 2004, *M.B.*, 15 juillet 2004.

46. Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.*, 15 février 2007. Cette loi s'applique à tous les marchés publics, dans les secteurs classiques ou spéciaux, excepté ceux qui ont trait au secteur de la défense et de la sécurité et qui relèvent, à ce titre, de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité (*M.B.*, 1^{er} février 2012. Voir A.-L. DURVIAUX (en collab. avec Th. DELVAUX), *Précis de droit de marchés et des contrats publics*, Bruxelles, la Chartre, 2014, p. 213).

tion des marchés publics dans les secteurs spéciaux⁴⁷;

- l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics⁴⁸;
- et l'arrêté royal du 24 juin 2013 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de l'Union européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services⁴⁹.

17. Autant la réglementation relative aux marchés publics dans les secteurs dit « classiques » fonde son champ d'application sur la qualification juridique de l'entité qui entend passer commande pour répondre à ses besoins (« *Dis-moi qui tu es et je te dirai quelle règle appliquer !* »), autant, plus que jamais, dans la réglementation des marchés publics dans les secteurs dits « spéciaux », c'est la nature de l'activité concernée par la commande envisagée, qui doit rentrer dans un des secteurs déterminés (« *Dis-moi ce que tu veux faire et je te dirai quelle règle appliquer !* »), comme le démontre clairement Marianne Portelli dans sa contribution au présent dossier.

18. Ceci étant, le législateur belge a « rajouté une couche » à cette complexité en faisant coexister, dans la loi du 15 juin 2006, deux ensembles de régimes distincts pour les marchés en lien avec les secteurs spéciaux.

D'une part, le régime des secteurs spéciaux « ordinaires » ou « normaux » – C'est le Titre III de la loi du 15 juin 2006 qui contient la réglementation relative aux marchés publics dans les secteurs spéciaux. Son chapitre 1^{er} comporte une section 1^{re} qui soumet à son application les pouvoirs adjudicateurs, tels que définis à l'article 2, 1^o, et les entreprises publiques, telles que définies à l'article 2, 2^o, pour les marchés portant sur des activités dans les secteurs spéciaux ayant trait à leurs tâches de service public (art. 44). La section 3 délimite précisément le champ d'application de la loi « quant aux activités visées » : l'eau et l'énergie (aux art. 46 à 49), les transports (à l'art. 50) et les services postaux (à l'art. 51).

D'autre part, le régime des secteurs « allégés » ou « spécifiques » permettant d'évoluer sur des marchés véritablement concurrentiels – Le Titre IV de la même loi traite, lui, des marchés dits privés, plus précisément de la mise en concurrence de certains marchés dans les secteurs spéciaux. Il s'applique (chapitre II, section 1^{re}, sous-section 1^{re}) à des personnes morales autres que des pouvoirs adjudicateurs et des entre-

prises publiques dans leurs tâches de service public, c'est-à-dire :

- *primo*, des entités adjudicatrices (art. 60, § 1^{er}), que la loi définit comme des « personne(s) de droit privé exerçant une activité visée au Titre IV et bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs » (art. 2, 3^o)⁵⁰;
- *secundo*, des entreprises publiques (*cf.* art. 2, 2^o) lorsque l'activité en question ne rentre pas dans leurs tâches de service public et que les seuils européens sont atteints (art. 72, al. 1^{er}),
- *tertio*, des pouvoirs adjudicateurs (*cf.* art. 2, 1^o) dans le domaine de la production d'électricité (art. 72, al. 2).

La sous-section 2, de la section 1^{re} du chapitre II précise, principalement par renvoi, le champ d'application de ces marchés *ratione materiae*, c'est-à-dire dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

Les contraintes sont encore assouplies par rapport à celles relatives aux marchés publics dans les secteurs spéciaux « ordinaires ». Non seulement la procédure de passation de principe est la procédure négociée avec publicité, mais en outre les règles générales d'exécution ne sont pas d'application dans le cadre de ces secteurs spéciaux « allégés » ou « spécifiques ».

4. Conclusions

19. Ce balayage rapide de la réglementation des marchés publics relative à la plupart des industries de réseau n'avait évidemment pour ambition que d'introduire et fixer le cadre des études successives qui sont présentées dans ce dossier.

L'histoire n'est en effet pas finie, mais nous laissons aux auteurs le soin de la compléter, pour la période la plus récente.

C'est d'abord les juges européens qui ont substantiellement fait évoluer certaines questions clés pour les industries de réseau, au tournant des années 2000 : celles des marchés dits *in house*, d'abord, avant d'élargir la question à la coopération entre entités publiques. Ce genre de coopération était évidemment fort ancien, mais de plus en plus mis sur la sellette par l'interprétation des textes européens. La contribution de Magali Heine, Barteld Schutyser et Renaud van Melsen retrace brillamment cette problématique, en interrogeant systématiquement la manière dont le législateur européen vient de s'emparer du problème.

47. M.B., 8 février 2013.

48. M.B., 14 février 2013, *errat.*, 26 mars 2013, dont l'application aux secteurs spéciaux est commentée par V. de FRANQUEN dans le présent dossier.

49. M.B., 27 juin 2013.

50. À ce jour, et en vertu de l'annexe 1 de l'arrêté royal du 24 juin 2013 précité, il n'existe que deux entités adjudicatrices au sens de l'article 2, 3^o, de la loi : la s.a. Brussels Airport Company et la s.a. EBCF, société gestionnaire de l'aéroport de Cerfontaine.

20. Car, nous l'annonçons au début de notre article, une quatrième étape est en effet venue s'ajouter aux trois premières que nous venons de présenter, celle de la directive précitée 2014/25/UE du 26 février 2014, annoncée par la Commission européenne dans son *Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics. Vers un marché européen des contrats publics plus performant* du 27 janvier 2011⁵¹. La synthèse des réactions reçues suite à la consultation lancée par ce Livre vert a permis à la Commission de conclure, en ce qui concerne les secteurs spéciaux, qu'« une nette majorité des répondants considère qu'un ensemble spécifique de règles demeure nécessaire pour les exploitants de services d'utilité publique et que les différentes règles qui leur sont applicables reflètent adéquatement la spécificité de la passation de marchés dans les secteurs concernés »⁵². Il en est également ainsi des « critères utilisés pour déterminer quelles entités sont soumises aux règles applicables aux services d'utilité publique (activités exercées, statut juridique et, dans le cas d'entités privées, l'existence de droits spéciaux ou exclusifs) », qui « restent pertinents et devraient être maintenus »⁵³.

La Commission a également constaté que « la législation adoptée pour libéraliser l'accès aux secteurs des services d'utilité publique ne s'est pas encore traduite par une pression concurrentielle soutenue ou effective sur les opérateurs historiques. Dans nombre de ces secteurs, le marché reste très concentré, ou la concurrence anémique. En conclusion, la situation n'a pas évolué au point que l'on puisse considérer la concurrence comme suffisamment forte, à l'échelle sectorielle, pour permettre l'exclusion de secteurs concernés du champ d'application de la directive sur les passations de marchés dans les secteurs d'utilité publique. D'une manière générale, la directive garde

sa raison d'être, même si des exemptions spécifiques peuvent se justifier sur la base d'une analyse approfondie conduite au cas par cas »⁵⁴.

Il revient à la contribution de Carole Maczkovics et Katrien Miclotte d'en synthétiser la portée et d'en présenter les aspects les plus saillants.

21. Notre bref exposé n'en permet pas moins, enfin, et pour conclure, de constater à quel point l'application de la réglementation des marchés publics dans les industries de réseau a fait l'objet, en Belgique, d'un va-et-vient sans doute un peu trop régulier que pour assurer aux secteurs concernés suffisamment de quiétude dans ce domaine.

La principale cause de ce champ d'application très variable est sans doute liée aux critères successivement utilisés par les législateurs belges et européens pour justifier l'application, l'assouplissement ou l'exemption de cette réglementation des marchés publics. Là où, en Belgique, la nature publique des opérateurs a justifié l'application complète du droit des marchés publics, l'Europe se basait sur l'existence d'opérateurs privés et sur le principe de non-discrimination pour les en exempter tous. Là où, ensuite, la Belgique se fondait sur l'existence d'activités commerciales et concurrentielles de ses nouvelles *entreprises publiques autonomes* pour les exempter partiellement de l'application de la réglementation, l'Europe faisait le chemin inverse en choisissant d'abord le critère du secteur d'activités pour imposer une réglementation assouplie. La confrontation entre les critères nationaux et européens semble ainsi caractériser l'évolution des secteurs spéciaux, et ce jusqu'à une époque très récente, et explique sans aucun doute la multiplicité des régimes mis en place dans la loi actuelle du 15 juin 2006.

51. Communication COM(2011) 15, 27 janvier 2011.

52. Proposition de directive 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, exposé des motifs, COM(2011) 895, p. 5.

53. Proposition de directive précitée, exposé des motifs, COM(2011) 895, p. 5.

54. Proposition de directive précitée, exposé des motifs, COM(2011) 895, p. 6. Une exemption sera, par exemple, prévue dans la Proposition pour la prospection pétrolière et gazière (cf. exposé des motifs, COM(2011) 895, pp. 9 et 10).