

Les marchés publics dans l'Union européenne (2009)

LA COLLABORATION entre personnes publiques a encore, durant cette année 2009, été au centre des débats. Tout d'abord, la Cour a ouvert la voie à une nouvelle dérogation aux directives marchés à l'égard de contrats qui instaurent une coopération intercommunale non institutionnalisée; toutefois, la difficulté réside à nouveau dans l'imprécision des contours de cette nouvelle exception, ce qui ne permet pas de cerner un cadre théorique stable et bien défini. Ensuite, deux précisions ont été apportées à propos de l'exclusion de principe des opérateurs mixtes de l'exception *in house*. D'une part, l'ouverture du capital social de l'opérateur *in house* à des investisseurs privés en cours d'exécution du marché nécessite de le remettre en concurrence; d'autre part, la sélection préalable de l'associé privé au terme d'une procédure concurrentielle permet par après d'attribuer directement à l'opérateur mixte un marché ou une concession moyennant le respect de certaines conditions. Enfin, en ce qui concerne les concessions, le pouvoir adjudicateur doit transférer au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation même si ce risque est dès l'origine très limité comme dans les secteurs fortement régulés.

1

Application des directives *ratione temporis*

1. — Quelle directive appliquer lorsque la procédure de marché public a été engagée après l'entrée en vigueur d'une nouvelle directive, en l'occurrence la directive 2004/18/CE, mais avant l'expiration du délai de transposition? La décision, en l'espèce une décision de non-sélection, qui est prise avant l'expiration du délai de transposition reste régie par l'ancienne directive, laquelle demeure applicable à ce stade de la procédure. Le fait que la procédure de marché est toujours en cours après l'expiration de ce délai n'énervé pas cette conclusion au nom du principe de la sécurité juridique¹. *A contrario*, la décision qui interviendrait postérieurement à cette date, comme l'attribution du marché, semble devoir être régie par la nouvelle directive.

2

Champ d'application *ratione personae*

2. — Liste annexée aux directives. — La mention expresse d'un organisme dans la liste annexée aux directives marchés publics ne constitue pas une présomption irréfutable de la qualification de cette entité comme organisme de droit public pas plus qu'elle ne constitue un élément suffisant de cette qualification qui rendrait superflu tout examen supplémentaire de la nature et des caractéristiques de l'entité en cause. Il y a donc lieu pour le juge de vérifier si

l'inscription d'un organisme sur cette liste traduit une application correcte des critères de fond².

3. — Financement public majoritaire. — Les caisses publiques d'assurance maladie sont-elles des organismes de droit public? Les trois conditions constitutives de cette notion ont un caractère cumulatif. En l'occurrence, les deux premières exigences sont considérées comme remplies sur la base des nombreuses informations fournies par la juridiction de renvoi : il s'agit de personnes morales de droit public qui remplissent des besoins liés à la santé publique, lesquels ont un caractère autre qu'industriel et commercial dans la mesure où les prestations fournies par ces caisses le sont dans un but non lucratif. Reste la condition de la dépendance étroite et, plus précisément, d'une des trois variantes de cette condition, le financement public majoritaire.

Le financement de ces caisses provient majoritairement des cotisations obligatoires des assurés. S'agit-il d'un financement public? La Cour a déjà admis en 2007 qu'un financement indirect pouvait satisfaire à cette condition. Il est relevé *in casu*³ que les cotisations des affiliés sont versées sans contre-prestation spécifique, ni l'obligation de cotiser ni son montant ne résultant d'un accord entre les caisses et leurs affiliés, que si le taux des cotisations est fixé par les caisses elles-mêmes, la marge d'appréciation est très réduite et requiert l'autorisation de l'autorité publique de tutelle, et que la perception des cotisations se fait directement par une retenue de l'employeur sur le salaire de l'assuré, ce qui indique un recouvrement effectué de manière contraignante sur la base de dispositions de droit public. Dès lors que les cotisations mises à charge des affiliés sont imposées, calculées et recouvrées selon des règles de droit public, un tel financement d'un régime public d'assurance maladie remplit la condition de financement public majoritaire. Cet arrêt n'est pas sans conséquences en Belgique

pour les mutualités et les organismes qui en dépendent.

3

Champ d'application *ratione materiae*

A. — Collaboration entre personnes de droit public

4. — Principe. — Les directives s'appliquent, en principe, aux marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et une personne juridiquement distincte de ce dernier, qu'il s'agisse d'une entité publique ou non⁴.

5. — Exception *in house*. — 1^o 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 »⁵.

2^o L'exception vaut tant pour les marchés publics soumis aux directives 2004/17/CE et 2004/18/CE que pour les contrats publics ne relevant pas de ces directives, lesquels sont soumis aux articles 12, 43 et 49 du Traité C.E. ainsi qu'aux principes généraux du droit primaire⁶.

(1) Arrêt 15 octobre 2009, *Hochtief et Linde-Kca-Dresden*, C-138/08, points 24 à 30.

(2) Arrêt 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, C-300/07, points 40 à 47.

(3) *Ibidem*, points 48 à 59.

(4) Arrêt 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, C-480/06, point 33 (à propos d'un contrat conclu entre les services de voirie de la ville de Hambourg et 4 Landkreise en vue de l'élimination de leurs déchets).

(5) Arrêts 9 juin 2009, précité, point 34; 10 septembre 2009, *Sea s.r.l.*, C-573-07, points 36 et 40; 15 octobre 2009, *Acoset s.p.a.*, C-196/08, point 51.

6. — Exception *in house* - Contrôle analogue.

— Les apports jurisprudentiels relatifs à cette première condition sont largement confirmés.

1^o 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 »⁷. Il faut donc procéder à une évaluation globale, tant en droit qu'en fait, du « taux de contrôle » sur l'organisme cocontractant.

2^o En soi, la circonstance que l'entité adjudicataire ait la forme d'une société par actions n'exclut nullement l'existence d'un tel contrôle analogue⁸ mais la Cour est plus attentive à l'effectivité de ce contrôle en ayant égard notamment à la législation applicable, laquelle en l'espèce a repris textuellement le libellé des conditions constitutives de l'exception *in house*, à la vocation de marché de cette entité, ce qui requiert d'examiner la portée géographique et matérielle des activités de cette société ainsi que la possibilité — qui doit demeurer accessible — de nouer des relations avec le secteur privé, et aux mécanismes de contrôle prévus par les statuts de cette société, lesquels peuvent consister en des structures décisionnelles particulières qui se superposent à l'assemblée générale et au conseil d'administration, qui disposent de larges pouvoirs de contrôle et de décision restreignant ainsi l'autonomie décisionnelle des organes ordinaires et qui sont composées des délégués des collectivités actionnaires⁹.

3^o *Quid* en cas de pluralité d'associés publics? Confirmant sa jurisprudence antérieure, la Cour a admis que le contrôle analogue sur cette société peut être exercé conjointement par les associés publics. La circonstance que le pouvoir adjudicateur devienne ou soit un actionnaire minoritaire de l'entité adjudicataire n'empêche pas l'existence d'un tel contrôle dès lors que celui-ci doit être apprécié dans le chef de l'ensemble des actionnaires publics¹⁰. En effet, le contrôle dans un tel cas ne doit pas être individuel au risque sinon d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une autorité publique entendrait s'associer à une société détenue par d'autres autorités publiques en vue de lui attribuer la gestion d'un service, alors que les règles communautaires relatives aux marchés publics reconnaissent aux autorités publiques la possibilité de recourir, y compris en collaboration avec d'autres autorités, à leurs propres moyens pour accomplir leurs missions de service public. Par ailleurs, il est confirmé que « s'agissant d'un organe collégial, la procédure utilisée pour la prise de décision, notamment le recours à la majorité, est sans incidence ».

4^o Enfin, l'exclusion du critère de 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 minoritaire¹¹.

5^o Rien de bien neuf donc à ce stade. La grille d'analyse des situations capitalistiques des entités *in house* développée par la Cour depuis 1999 semble ainsi stabilisée. Deux nouveautés sont toutefois à signaler (voy. n^{os} 7 et 8).

7. — Exception *in house* - Contrôle analogue - Suite.

— Qu'en est-il d'une clause statutaire de l'opérateur public permettant l'ouverture de son capital au capital privé? Cette question n'est pas neuve.

En principe, l'ouverture du capital à des investisseurs privés doit être vérifiée au moment de l'attribution du marché public en cause et, en son absence, ne peut être prise en considération que s'il existe, à ce moment-là, une perspective concrète et à court terme d'une telle ouverture, et ce au nom du principe de sécurité juridique¹². Deux réserves avaient jusqu'ici été émises : le cas où la législation nationale prévoit l'ouverture obligatoire de la société, à court terme, à d'autres capitaux (arrêt *Parking Brixen* du 13 octobre 2005) et le détournement de procédure (arrêt *Commission c. Autriche* du 10 novembre 2005).

La Cour ajoute une précision aux conséquences pratiques importantes : « Dans l'hypothèse où un marché aurait été attribué sans mise en concurrence à une société à capital public [en tant que prestataire *in house*], le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis à participer au capital de ladite société constituerait un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence »¹³. Il s'ensuit qu'il n'est plus possible, en cours d'exécution d'un marché, d'ouvrir le capital social d'une entité *in house* à des investisseurs privés sans devoir mettre fin au marché en vue de le réattribuer dans le cadre d'une procédure concurrentielle. Une contrainte importante pèse désormais sur l'évolution du capital des sociétés publiques adjudicatrices. La Cour confirme en tout cas son penchant à faire prévaloir l'obligation de mise en concurrence sur la stabilité des situations contractuelles.

8. — Nouvelle exception : la collaboration intercommunale non institutionnalisée. — S'écarter de l'opinion de son avocat général, la Cour¹⁴ a ouvert la voie à une nouvelle dérogation aux directives marchés à l'égard de contrats qui « instaurent une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières » (point 37), en l'espèce l'élimination des déchets. Quand est-on en présence d'un tel contrat qui est « l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale » (point 38)? La Cour va recourir, au terme d'une analyse minutieuse du contrat, à la technique du faisceau d'indices factuels plutôt qu'à l'énoncé de conditions théoriques. Trois catégories d'indices sont retenus (points 38 à 44) : l'équilibre des engagements contractuels; les aspects financiers de la coopération; l'absence de participation d'une partie privée sans prévoir ni préjuger de la passation des marchés nécessaires à la réalisation

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

Cet arrêt constitue un assouplissement supplémentaire et non négligeable de la position de la Cour à l'égard de la collaboration non seulement contractuelle, mais aussi institutionnelle entre personnes publiques, outre la reconnaissance rassurante de l'autonomie organisationnelle des collectivités territoriales. Toutefois, la difficulté réside à nouveau dans l'imprécision des contours de cette nouvelle exception, la Cour retenant pour l'essentiel des indices factuels, ce qui ne permet pas de cerner un cadre théorique stable et bien défini. En outre, l'exception doit beaucoup au contexte intercommunal dans lequel elle s'inscrit ainsi qu'à la mission de service public, objet de cette coopération. Il ne faut donc pas exagérer la portée de cet arrêt qui relève de l'équilibrisme périlleux entre la volonté de ne pas brider la collaboration entre personnes publiques pour mener à bien une mission de service public et le souci d'assurer largement l'application des directives marchés et les principes du marché intérieur dont elles sont issues. Cette exception est d'ailleurs assortie d'une réserve générale qui est de ne pas se « livrer à un montage destiné à contourner les règles en matière de marchés publics » (point 48), ce qui s'apparente à la théorie de l'abus de droit.

B. — Collaboration avec une entité mixte

9. — Entité mixte à constituer. — Une autorité publique chargée d'un service public, en l'occurrence celui de gestion intégrée de l'eau, choisit de confier directement et en exclusivité ce service à une société d'économie mixte à constituer. Il est prévu dès le départ que le futur associé privé doit souscrire 49% du capital social de cette société.

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

Quid toutefois si l'autorité publique recourt en vue de sélectionner l'associé privé à une procédure de mise en concurrence qui respecte les articles 43 et 49 du Traité et les principes généraux qui en découlent? Faisant preuve de réalisme, le juge européen¹⁵ valide ce montage afin de ne pas décourager les partenariats publics-privés institutionnalisés (P.P.P.I.) : le recours à une double procédure de mise en concurrence se heurterait à la durée inhérente à leur mise en œuvre et à l'incertitude juridique qui en résulterait pour l'attribution de la concession, ce qui caractérise précisément ce genre de partenariat (points 58 et 61).

(6) Arrêts 9 juin 2009, précité, point 35; *Sea s.r.l.*, précité, point 37; *Acoset s.p.a.*, précité, point 52.

(7) Arrêt *Sea s.r.l.*, précité, point 65.

(8) *Ibidem*, point 41.

(9) *Ibidem*, points 64 à 89.

(10) *Ibidem*, points 54 à 63.

(11) Arrêts *Sea s.r.l.*, précité, point 46; *Acoset s.p.a.*, précité, point 53.

(12) Arrêt *Sea s.r.l.*, précité, points 49 à 52, qui confirme l'arrêt du 17 juillet 2008, C-371/05, point 29.

(13) *Ibidem*, point 53.

(14) Arrêt 9 juin 2009, précité, points 37 à 48.

(15) Arrêt *Acoset s.p.a.*, précité, points 55 à 63.

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

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

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

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

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

C. — Les marchés de travaux

10. — Location-financement d'immeubles à construire¹⁶. — La Cour rappelle que la qualification juridique d'une opération complexe au regard des directives marchés « relève du domaine du droit communautaire et que la qualification donnée en droit national [...] ou par les parties contractantes n'est pas déterminante ». Ainsi, la notion de marché public de travaux « inclut toutes les opérations dans lesquelles un contrat à titre onéreux, indépendamment de sa qualification formelle, [...] a pour objet la réalisation d'un ouvrage [...]. Le critère essentiel est à cet égard que cet ouvrage soit réalisé conformément aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur, les moyens utilisés en vue de cette réalisation étant indifférents ».

En l'espèce, la ville de Cologne et un opérateur privé ont conclu un « contrat de bail portant sur la location d'un terrain avec quatre halls d'exposition » par lequel l'opérateur privé s'engage à exécuter des ouvrages et à les mettre à disposition de la ville conformément à des spécifications relatives à leurs dimensions, à leur nature et à leur aménagement, la ville obtenant pour trente ans la jouissance du terrain et des futurs bâtiments moyennant un loyer mensuel. Par un « contrat de sous-location », la ville de Cologne a par après donné la jouissance des bâtiments à construire à une société publique

ayant comme objet social l'organisation de foires et d'exposition. Ayant considéré préalablement, au terme d'une appréciation fonctionnelle du montage, que le contrat principal était le contrat de location, qu'il avait été conclu entre un pouvoir adjudicateur (la ville de Cologne) et un entrepreneur et qu'il l'était à titre onéreux, la Cour identifie ensuite l'objet principal de ce contrat et le confronte au critère essentiel précité de la notion de marché de travaux. L'étude du contrat permet de conclure que bien que qualifié formellement de contrat de location et contenant effectivement des éléments relevant d'un tel contrat, son objectif principal est la construction des halls d'exposition, leur location n'en étant pas l'objet principal, et que les ouvrages seront réalisés selon les spécifications très détaillées de la ville de Cologne qui « vont bien au-delà des exigences habituelles d'un locataire ». Le centre de gravité du contrat se situant donc dans le volet « construction » plutôt que dans le volet « location », celui-ci est un marché public de travaux. La Cour va également rejeter les arguments relatifs au financement du contrat (le total des loyers étant bien supérieur au coût de la construction) et l'absence dans le contrat d'une option ou d'une obligation de rachat dans le chef de la ville des bâtiments construits, confirmant ainsi que l'appropriation ou non des ouvrages en cause n'est pas un élément pertinent.

D. — Les marchés de fournitures

11. — Produits standardisés ou individualisés?

— La notion de « produit » n'est pas autrement spécifiée dans les directives marchés. Elle vise dès lors aussi bien le stockage que la confection, sans distinguer selon que le produit considéré est mis à la disposition des consommateurs de manière standardisée ou individualisée. Il s'ensuit que la mise à disposition de marchandises qui sont fabriquées et adaptées individuellement en fonction des besoins de chaque client et qui implique des conseils personnalisés doit être prise en compte dans la partie fourniture du marché et non dans celle relative aux services¹⁷.

E. — Les concessions de service public

12. — Distinction entre marché de services et concession de service. — Étant donné la similitude des définitions de la concession de service dans les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, les mêmes éléments d'interprétation prévalent pour apprécier le champ d'application respectif des deux directives¹⁸.

Le critère de distinction réside toujours dans la contrepartie de la prestation de services¹⁹. Si la contrepartie est payée directement par le pouvoir adjudicateur, il s'agit d'un marché de services; si par contre, la contrepartie consiste dans le droit du prestataire d'exploiter le service, soit

seul, soit assorti d'un prix, on est en présence d'une concession de service.

La portée du droit d'exploitation ainsi conféré au concessionnaire est précisée et confirmée. Le droit de percevoir une rémunération, qu'elle soit de droit privé ou de droit public²⁰, auprès de tiers, en l'occurrence les usagers du service concerné, est une des formes que peut prendre l'exercice d'un tel droit. Mais ce droit d'exploiter implique aussi et surtout que le prestataire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question²¹. En effet, en raison de l'attribution du droit d'exploitation, le concessionnaire dispose d'une certaine liberté économique pour déterminer les conditions d'exploitation de ce service et doit être ainsi largement exposé aux risques liés à cette exploitation et donc aux aléas du marché²². La condition du transfert du risque fait donc désormais partie intégrante de la définition de la concession de services.

La Cour apporte par ailleurs un éclairage important à propos des concessions de services attribuées dans des secteurs fortement régulés comme celui de l'eau. Ces secteurs font l'objet d'un encadrement normatif qui peut avoir pour effet de limiter les risques économiques encourus lors de l'exploitation d'un service. Dans de telles situations, les modalités de droit public applicables à l'organisation du service, lesquelles réduisent les facteurs d'atteinte à la concurrence, échappant à la maîtrise du pouvoir adjudicateur, il est impossible à celui-ci d'introduire et, partant, de transférer des facteurs de risque qui sont exclus par ces modalités. Il importe dès lors que le pouvoir adjudicateur transfère au concessionnaire l'intégralité ou, au moins, une part significative du risque d'exploitation même si ce risque est dès l'origine très limité²³.

13. — Distinction entre concession de service et accord-cadre. — Pour la Cour²⁴, ces deux figures juridiques présentent des caractéristiques assez voisines, de sorte que la qualification juridique d'un contrat dépend essentiellement des éléments concrets. Il ressort toutefois de leur définition que si la concession de service se caractérise notamment par le transfert d'un risque certain, « un accord-cadre est caractérisé par une situation dans laquelle l'activité de l'opérateur économique est encadrée dans la mesure où tous les marchés à passer par ledit opérateur au cours d'une période donnée doivent respecter les conditions prévues à cet accord ».

Le marché conclu entre une caisse d'assurance maladie et un cordonnier orthopédiste est un contrat dit de « prise en charge intégrale » aux termes duquel le cordonnier assume l'obligation de servir de manière individualisée les assurés qui vont s'adresser à lui moyennant paiement par la caisse. Dès lors qu'il apparaît de l'analyse du contrat que le risque prépondérant lié à l'exploitation de ces activités n'est pas supporté par le prestataire eu égard au fait que le prix des différentes prestations est défini dans le contrat, de même que la durée de celui-ci, et eu

(16) Arrêt 29 octobre 2009, *Commission c. Allemagne*, C-536/07, points 53 à 64.

(17) Arrêt *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, précité, points 64 à 66 (en l'espèce, il s'agit de chaussures orthopédiques).

(18) Arrêt 10 septembre 2009, *WAZV Gotha*, C-206/08, points 40 à 43.

(19) Arrêts *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, précité, point 72; *WAZV Gotha*, précité, point 51; *Acoset s.p.a.*, précité, point 39.

(20) Arrêt *WAZV Gotha*, précité, point 55.

(21) *Ibidem*, point 59.

(22) Arrêt *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, précité, point 71.

(23) Arrêt *WAZV Gotha*, précité, points 69 à 80.

(24) Arrêt *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, précité, points 67 à 76.

égard à la circonstance que la caisse est la seule débitrice de la rémunération des interventions de l'opérateur, il s'agit d'un accord-cadre.

14. — Régime juridique. — Les concessions de service public sont exclues explicitement du champ d'application des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE. L'attribution de la concession est néanmoins soumise aux règles fondamentales du Traité CE en général, à savoir, d'une part, les articles 43 et 49 de même que l'article 86, § 1^{er}, d'autre part, les principes de non-discrimination en raison de la nationalité et d'égalité de traitement entre soumissionnaires, qui impliquent, notamment, une obligation de transparence²⁵. L'application de ces principes peut toutefois être écartée en présence du caractère *in house* du concessionnaire par rapport à l'autorité concédante²⁶.

4

Modes de passation

A. — Procédure négociée

15. — Principes. — 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 s'en prévaloir d'en apporter la preuve²⁷. La rigueur de ces principes vaut-elle également pour les secteurs spéciaux dès lors que la directive 2004/17/CE autorise un recours plus large à la procédure négociée? Très clairement oui pour la procédure négociée sans publicité dès lors que dans ces secteurs, elle constitue une dérogation au principe de mise en concurrence préalable et que les cas de recours à cette procédure sont limitativement énumérés²⁸.

Par ailleurs, la loi belge du 24 décembre 1993 prévoit, en son article 17, § 1^{er}, que la négociation peut porter sur les « conditions du marché », termes qui suscitent des controverses en doctrine quant à leur portée. La Cour a jugé que l'article 30, § 2, de la directive 2004/18/CE, qui énonce que la négociation vise exclusivement à adapter les offres soumises aux exigences prévues dans l'avis de marché, dans le cahier des charges et dans les documents complémentaires éventuels, nécessite une transposition spécifique en droit interne dès lors qu'elle identifie les limites et l'objectif de la négociation et restreint la marge de manœuvre des pouvoirs adjudicateurs; il en va de même de l'obligation prévue par l'article 30, § 4, de rappeler les critères d'attribution indiqués dans l'avis de marché

ou dans le cahier des charges en cas de réduction du nombre d'offres au cours des phases successives de la négociation²⁹.

16. — Spécificité technique. — En raison de leur spécificité technique, la fabrication ou la livraison de produits peuvent n'être confiées qu'à un fournisseur déterminé. À cet égard, le simple fait de rejeter le produit d'un concurrent sur le marché national au motif qu'il ne satisfait pas aux exigences techniques requises ne suffit pas à défaut d'avoir mené des recherches sérieuses au niveau européen qui auraient permis éventuellement d'identifier des entreprises à même de fournir le produit³⁰.

17. — Urgence impérieuse. — Cette hypothèse est subordonnée à la réunion de trois conditions cumulatives : l'existence d'un événement imprévisible; une urgence impérieuse incompatible avec les délais exigés par d'autres procédures; un lien de causalité entre les deux. Dès lors que la procédure de passation a pris plusieurs mois, la situation ne relève pas de l'urgence impérieuse. En outre, vu que le logiciel à remplacer a déjà connu des pannes plusieurs mois auparavant, la situation ne résulte pas d'un événement imprévisible, mais est imputable, au moins en partie, au pouvoir adjudicateur. Enfin, le recours à cette procédure n'est possible que « dans la mesure strictement nécessaire », ce qui n'est pas le cas d'une procédure s'étendant sur plusieurs mois, la procédure restreinte accélérée pouvant dans ce cas être utilisée³¹.

18. — Offres inappropriées³². — Le recours à la procédure négociée sans publicité est permis lorsqu'aucune offre appropriée n'a été déposée en réponse à une première procédure avec mise en concurrence dès lors que les conditions initiales du marché n'ont pas été substantiellement modifiées. Pour la Commission, des « offres inappropriées » ne peuvent pas être des offres « dont l'objet serait totalement différent de celui décrit dans l'avis de marché ». La Cour ne va pas aussi loin et retient plutôt la notion d'offres substantiellement irrégulières. Ainsi, des offres qui ne sont pas conformes à des spécifications techniques indispensables, comme celles qui découlent de la réglementation en matière de protection de l'environnement, et qui donc empêchent le pouvoir adjudicateur de réaliser valablement le projet sont des offres « inappropriées » dès lors que la non-conformité ne porte pas sur une simple imprécision ou sur un simple détail. Par ailleurs, la modification d'une condition initiale d'un marché peut être considérée comme substantielle, notamment lorsque la condition modifiée, si elle avait figuré dans la procédure initiale, aurait permis aux offres présentées d'être considérées comme appropriées ou aurait permis à des soumissionnaires autres que ceux ayant participé à la procédure initiale de soumettre des offres. Tel n'est pas le cas en l'espèce, les prescriptions environnementales en cause n'ayant pas été modifiées.

19. — Nombre de candidats appropriés. — Lorsqu'un marché est passé par procédure négociée avec publicité, le nombre de candidats admis à négocier après la sélection qualitative ne peut être inférieur à trois à condition qu'il y ait un nombre suffisant de candidats appropriés. La procédure négociée peut-elle être poursuivie lorsqu'en présence d'un nombre suffisant de candidats (cinq en l'espèce), moins de trois sont admis à négocier? Tout dépend du sens des termes « candidats appropriés ». Un tel candidat désigne « tout entrepreneur ayant sollicité une invitation à participer à la procédure concernée qui, parmi ceux qui présentent les qualifications requises, remplit les conditions de caractère économique et technique fixées pour cette procédure » (point 38). Il s'ensuit que si le nombre de candidats qui remplissent ces conditions n'atteint pas la limite minimale de trois, la procédure peut toutefois être poursuivie avec les candidats appropriés. Par ailleurs, l'obligation, qui ne s'applique qu'aux marchés passés par procédure restreinte, d'assurer une concurrence réelle, ce qui implique que le nombre de candidats admis à soumissionner soit suffisant, est étendue, au terme d'une interprétation systématique des directives, aux procédures négociées avec publicité; le respect des conditions du recours à cette procédure implique toutefois que cette exigence est normalement remplie³³.

B. — Dialogue compétitif

20. — Marchés de définition. — La procédure française du marché de définition permet au pouvoir adjudicateur d'attribuer un marché d'exécution à l'un des titulaires du marché de définition initial moyennant une mise en concurrence limitée à ces titulaires. Dans le cadre de projets complexes, le pouvoir adjudicateur peut ainsi dans un premier temps mieux définir les modalités et les coûts de réalisation de son projet et dans un second temps le faire réaliser. La Cour condamne cette procédure en trois temps³⁴.

Tout d'abord, elle rappelle que dans l'état actuel du droit, les États membres n'ont plus la liberté d'adopter d'autres procédures de passation que celles limitativement énumérées par les directives marchés, même si une telle procédure nationale présente des caractéristiques analogues à certaines de ces procédures (points 27 à 34).

Ensuite, la Cour écarte la qualification de dialogue compétitif. Si ces deux procédures poursuivent des objectifs proches, elles se différencient fondamentalement par cela que le dialogue compétitif est une procédure d'attribution d'un seul et même marché alors que les marchés de définition visent l'attribution de marchés de nature différente, les marchés de définition, d'une part, et le ou les marchés d'exécution, d'autre part.

Enfin, la Cour juge que cette procédure est discriminatoire, seuls les titulaires des marchés de définition pouvant se voir attribuer le marché d'exécution, et contraire au principe de trans-

(25) Arrêts WAZV Gotha, précité, point 44; Sea s.r.l., précité, points 38 et 39; Acoset s.p.a., précité, points 46 à 50.

(26) Arrêts Sea s.r.l., précité, points 37 et 40; Acoset s.p.a., C-196/08, précité, points 51 et 52.

(27) Arrêts 23 avril 2009, Commission c. Belgique, C-292/07, point 106; 4 juin 2009, Commission c. Grèce, C-250/07, points 34-35; 15 octobre 2009, Commission c. Allemagne, C-275/08, points 54 à 56.

(28) Arrêt 4 juin 2009, précité, points 36 à 38.

(29) Arrêt 23 avril 2009, précité, points 107 à 110 et 116.

(30) Arrêt 15 octobre 2009, précité, points 58 à 64 (en l'espèce, un logiciel pour la gestion centralisée de l'immatriculation de voitures).

(31) Ibidem, points 65 à 77.

(32) Arrêt 4 juin 2009, précité, points 40 à 59.

(33) Arrêt Hochtief et Linde-Kca-Dresden, précité, points 32 à 54.

(34) Arrêt 10 décembre 2009, Commission c. France, C-299/08.

parence, la différence d'objet des marchés de définition et d'exécution empêchant de déterminer, dans tous les cas, l'objet et les critères d'attribution des seconds dès le début de la procédure.

5

Choix de l'opérateur économique

21. — Causes d'exclusion. — Les directives prévoient sept causes d'exclusion facultatives. Si cette énumération est toujours jugée exhaustive, la Cour prend désormais soin de souligner depuis l'arrêt *Michaniki* du 16 décembre 2008 que ces causes tiennent uniquement aux qualités professionnelles du prestataire (son honnêteté, sa solvabilité ou sa fiabilité). Cette précision permet en réalité à la Cour d'admettre depuis le même arrêt la faculté pour les États membres « de maintenir ou d'établir, en sus des sept causes d'exclusion, des règles matérielles destinées, notamment, à garantir, en matière de marchés publics, le respect des principes d'égalité de traitement de l'ensemble des soumissionnaires et de transparence ». Si la Cour reconnaît ainsi aux États une certaine marge d'appréciation quant au contenu de ces mesures, celle-ci trouve sa limite dans le principe de proportionnalité³⁵. Le même raisonnement est tenu par la Cour à l'égard des marchés qui ne sont pas soumis aux directives, mais qui sont tenus de respecter les règles fondamentales du Traité dont font partie les principes d'égalité et de transparence³⁶.

Le droit italien prévoit deux causes d'exclusion automatique de la participation à un marché public : d'une part, à l'égard des entreprises qui présentent des offres séparées et concurrentes alors qu'elles sont liées entre elles par des rapports de contrôle; d'autre part, en cas d'offres simultanées et concurrentes déposées par un groupement stable et par une ou plusieurs des entreprises qui en font partie. Ces restrictions sont jugées comme poursuivant un objectif légitime, à savoir la lutte contre toute collusion potentielle entre les participants à une même procédure. Toutefois, leur caractère automatique et obligatoire sans que soit examinée la situation réelle des soumissionnaires et sans que ceux-ci aient la possibilité de démontrer concrètement l'absence d'influence de ces liens sur le contenu respectif de leurs offres est disproportionné. Si la constatation, après un examen des faits, d'une telle influence suffit pour exclure les entreprises, la seule constatation d'un rapport de contrôle ou d'appartenance ne suffit pas. En outre, la seconde forme d'exclusion est jugée discriminatoire en ce qu'elle ne s'applique qu'aux groupements stables et non aux autres formes de groupements alors que toutes ces formes sont substantiellement identiques.

Autre cas de figure : un même opérateur dépose deux offres dans le cadre d'un même marché, l'une à titre personnel, l'autre en tant que

membre d'une société momentanée. Ce cas contrevient à l'article 103 de l'arrêt royal du 8 janvier 1996. Se basant sur la jurisprudence de la Cour, le juge belge, statuant en référé, a estimé que le caractère absolu de cette interdiction méconnaissait le principe de proportionnalité en ce qu'elle ne permet pas à l'opérateur économique de démontrer que, dans son cas, l'existence de deux offres n'est pas de nature à fausser le jeu de la concurrence³⁷.

22. — Opérateur économique. — Les directives marchés se réfèrent à la notion d'opérateur économique pour désigner le contractant du pouvoir adjudicateur. Faut-il interpréter restrictivement cette notion et dès lors exclure des marchés publics les groupements qui ne poursuivent pas principalement un but lucratif, ne disposent pas de la structure organisationnelle d'une entreprise et n'assurent pas une présence régulière sur le marché, comme un groupement constitué exclusivement d'universités et d'administrations publiques? Au terme d'une exégèse approfondie de la directive 2004/18/CE et sur la base de sa jurisprudence, la Cour³⁸ estime que la directive ne s'oppose pas à ce que de tels groupements participent à une procédure de passation de marché public et qu'elle exclut toute distinction fondée sur la forme juridique (publique ou privée) et l'organisation interne des opérateurs économiques. Quant à l'éventualité d'une position privilégiée d'un opérateur économique en raison de financements publics ou d'aides d'État, elle ne saurait justifier l'exclusion de la participation à un marché public, *a priori* et sans autre examen, de telles entités; il revient aux États de veiller à ce que la nature des financements ne crée pas de distorsion de concurrence. « Est admise à soumissionner ou à se porter candidate toute personne ou entité qui, au vu des conditions énoncées dans un avis de marché, se considère apte à assurer l'exécution de ce marché, directement ou en recourant à la sous-traitance, indépendamment de son statut, de droit privé ou de droit public, ainsi que de la question de savoir si elle est systématiquement active sur le marché ou si elle n'intervient qu'à titre occasionnel, ou si elle est subventionnée par des fonds publics ou ne l'est pas » (point 42).

23. — Sélection qualitative. — Les principes d'égalité et de transparence supposent que les soumissionnaires potentiels se trouvent en situation d'égalité quant à la portée des informations contenues dans un avis de marché, ce qui exclut que certains d'entre eux doivent obtenir des éclaircissements supplémentaires sur le sens réel d'un avis de marché par ailleurs clair par lui-même; ils protègent également ceux qui sont dissuadés de soumissionner en raison des modalités de la procédure de passation. Un critère de capacité technique donne clairement à penser, en raison de sa formulation, qu'une différence éventuelle entre les qualifications déclarées lors d'une précédente procédure lancée par la même entité adjudicatrice et les qualifications requises pour la nouvelle procédure a pour effet automatique de les exclure de la participation au second marché. Une telle clause est susceptible d'avoir un effet dissuasif à l'égard des candidats étrangers; la possibilité de

lever les doutes quant à sa portée réelle par des démarches supplémentaires auprès du pouvoir adjudicateur accentue cette distorsion entre candidats étrangers ou non³⁹.

Par ailleurs, des critères d'attribution qui portent sur l'expérience et la capacité réelle à garantir une bonne exécution d'un marché concernent en réalité l'aptitude des soumissionnaires à exécuter ce marché et ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse; ils ne peuvent donc servir de critères d'attribution⁴⁰.

6

Spécifications techniques

24. — Certification européenne. — Lors de la définition des prescriptions techniques, en l'occurrence de dispositifs médicaux, les pouvoirs adjudicateurs doivent se référer soit aux normes nationales transposant des normes européennes, soit aux agréments techniques européens, soit aux prescriptions techniques communes. Il se peut que malgré leur certification CE, certains dispositifs médicaux soient considérés comme dangereux pour la santé ou la sécurité des malades. De tels produits ne peuvent toutefois être rejetés directement par les pouvoirs adjudicateurs, lesquels doivent respecter la procédure de sauvegarde prévue par la directive relative à ces produits⁴¹.

7

Contrôle du comportement des entités adjudicatrices

25. — Information. — L'obligation de communiquer « dans les meilleurs délais » aux soumissionnaires les motifs du rejet de leurs offres n'est pas circonscrite, dans ce cas, par un délai précis de quinze jours, mais correspond à une obligation de diligence qui s'analyse comme une obligation de moyens et s'apprécie dès lors en fonction des circonstances concrètes de la cause. À cet égard, la circonstance que cette information intervienne avant l'expiration du délai de recours contentieux ne constitue pas à elle seule une preuve suffisante du respect de cette obligation; à défaut d'autres justifications objectives, un délai de deux mois n'apparaît pas raisonnable⁴².

26. — Stand still. — L'effet utile des directives recours 89/665/CEE et 92/13/CEE implique « l'obligation d'informer les soumissionnaires de la décision d'adjudication avant la conclu-

(35) Arrêt 19 mai 2009, *Assitur s.r.l.*, C-538/07, points 19 à 23.

(36) Arrêt 23 décembre 2009, *Serrantoni et alii*, C-376/08, points 31 à 33.

(37) Civ. Liège, réf., 1^{er} décembre 2009, R.G. n° 09/913/C.

(38) Arrêt 23 décembre 2009, *CoNISMA*, C-305/08.

(39) Arrêt 12 novembre 2009, *Commission c. Grèce*, C-199/07, points 35 à 48.

(40) *Ibidem*, points 50 à 57.

(41) Arrêt 19 mars 2009, *Commission c. Grèce*, C-489/06, point 46.

(42) Arrêt 4 juin 2009, précité, points 67 à 71.

sion 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 »⁴³.

En cas d'urgence, ce délai peut-il être réduit « dans des proportions adaptées à la situation »? L'existence d'un délai minimal incompressible de dix jours ne peut être déduite de ces directives, la précision d'un tel délai apparaissant pour la première fois dans la directive 2007/66; en outre, elles n'interdisent pas en soi la réduction du délai raisonnable en cas d'urgence. De plus, en subordonnant la réduction du délai au principe de proportionnalité, la législation interne respecte le principe du délai raisonnable⁴⁴.

Les particularités des législations nationales aboutissent parfois à conduire les soumissionnaires évincés dans une impasse. Ainsi, pour disposer de tous les éléments fondant son éviction, celui-ci doit en faire la demande auprès du pouvoir adjudicateur qui doit les lui fournir dans un délai de quinze jours alors que le délai d'attente n'est que de quatorze jours et a dès lors dans la plupart des cas expiré⁴⁵. Il en va de même de l'obligation de mise en demeure préalable du pouvoir adjudicateur — ce qui en soi est conforme aux directives — dès lors qu'elle est non suspensive du délai d'attente fixé à dix jours et que le pouvoir adjudicateur dispose d'un délai également de dix jours pour répondre à cette mise en demeure, délai pendant lequel tout référé précontractuel est exclu⁴⁶. De telles modalités ont pour effet, dans certaines circonstances, de ne laisser aucun délai permettant aux soumissionnaires d'introduire un recours utile.

27. — Action en manquement. — Dans le cadre de l'exercice des compétences qu'elle tient de l'article 226 CE, la Commission n'a pas à démontrer l'existence d'un intérêt spécifique dès lors qu'elle agit en tant que gardienne du Traité et non pour protéger ses droits propres. En matière de marchés publics, un recours en manquement est irrecevable si, à la date d'expiration du délai fixé dans l'avis motivé, le contrat en question a déjà épuisé tous ses effets⁴⁷. Dans le cas de montages complexes, la Cour envisage l'opération en cause dans son ensemble et en fonction de tous ses paramètres et composantes. Ainsi, dans le cas d'un contrat de construction suivi d'un volet location, l'action en manquement a été reçue par la Cour dès lors que si tous les ouvrages étaient construits, le volet location était encore en cours à cette date⁴⁸.

Un recours en manquement est-il encore possible lorsque l'attribution d'un marché a déjà fait l'objet d'une procédure de recours nationale close par une décision juridictionnelle définitive? La Cour confirme son interprétation antérieure

des directives recours relative à la dialectique entre leur article 2, § 6, et la procédure en manquement et en étend les effets à l'ensemble des directives recours. Celles-ci ne sauraient avoir d'incidence sur un recours en manquement dès lors que les procédures de recours internes, même conformes aux directives recours, et le recours en manquement divergent tant par les parties au litige que par leur finalité, la procédure de recours nationale servant à protéger les intérêts des soumissionnaires tandis que la procédure en manquement assure le respect du droit communautaire dans l'intérêt général. Le risque éventuel que les soumissionnaires contournent les délais relatifs aux procédures de recours nationales en saisissant la Commission d'une plainte n'est pas retenu dès lors qu'il appartient à la Commission seule de décider d'agir en manquement. Et à supposer que les pouvoirs adjudicateurs puissent se voir opposer les principes de sécurité juridique, de confiance légitime et de l'autorité de la chose jugée par le soumissionnaire retenu en cas de résiliation du contrat, un État membre ne peut s'en prévaloir pour justifier un manquement au titre de l'article 226 CE et échapper à sa responsabilité en droit communautaire⁴⁹.

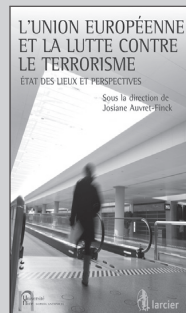
(49) Arrêts 15 octobre 2009, précité, points 30 à 41; 12 novembre 2009, précité, points 22 à 25.

28. — Mécanisme correcteur. — Un recours en carence dirigé contre la Commission pour absence de mise en œuvre du mécanisme correcteur prévu par l'article 3, § 2, de la directive 89/665/CE n'est pas recevable dans le chef de l'entreprise lésée par le marché litigieux dès lors que si cette disposition contribue à mettre en œuvre les droits des entreprises, elle ne remet pas en cause le fait que cette procédure est purement bilatérale en ce qu'elle implique exclusivement la Commission et l'État membre; en outre, elle n'impose à l'État concerné aucune obligation de mise en œuvre automatique, mais lui laisse au contraire un certain pouvoir d'appréciation⁵⁰.

Pierre NIHOUL (*)

(50) Ordonnance 3 avril 2009, VDH Projektentwicklung GmbH, C-387/08.

(*) Juge à la Cour constitutionnelle de Belgique, professeur invité à la Faculté de droit U.C.L. Les commentaires relatifs à la présente contribution peuvent être communiqués à pierre.nihoul@const-court.be.



L'UNION EUROPÉENNE ET LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME

État des lieux et perspectives

Sous la direction de Josiane Auvret-Finck

Avec les contributions de P. Auvret, J. Auvret-Finck, L. Balmond, W. Czaplinski, S. Karagiannis, D. Komobis-Romanowska, J.-Ch. Martin, S. Perez, P. Sagane, A. Sgro, K. Strak, M. Szwarc-Kuczer, T. Thibaud, K. Wojtowicz

Une vision d'ensemble de la lutte contre le terrorisme menée par l'Union européenne, qui porte sur les fondements et axes stratégiques, le respect de la légalité, le volet sécuritaire, la gouvernance ainsi que la dimension sociale et culturelle.

Édition 2010 • 336 p. • 60,00 €



DROIT EUROPÉEN DE L'ENVIRONNEMENT

Jurisprudence commentée

Marc Clément

Préface de Jean-Marc Sauvé

À partir du commentaire des principaux arrêts de la Cour de Justice en matière d'environnement, l'essentiel du droit communautaire de l'environnement applicable aux 500 millions d'Européens.

Édition 2010 • 576 p. • 90,00 €



Informations et commandes :

Larcier c/o De Boeck Services sprl • Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve

0800/99 613 • 0800/99 614 • e.mail : commande@deboeckservices.com

Consultez et commandez en direct sur www.larcier.com

(43) Arrêts 11 juin 2009, *Commission c. France*, C-327/08, points 41 et 56; 23 décembre 2009, *Commission c. Irlande*, C-455/08, point 28.

(44) Arrêt 11 juin 2009, précité, points 36 à 45.

(45) Arrêt 23 décembre 2009, précité, points 30 à 34.

(46) Arrêt 11 juin 2009, précité, points 52 à 59.

(47) Arrêts 15 octobre 2009, précité, point 28; 29 octobre 2009, précité, point 23; 12 novembre 2009, précité, point 26.

(48) Arrêt 29 octobre 2009, précité, points 25 à 31.