

Périodique d'information du site <http://www.marchespublics.be>

- Sommaire :
1. PPP – Contrat « in house » – Société d'économie mixte – Privatisation en cours – Application des règles de marchés publics à la commande
 2. PPP – Parkings publics payants – Concessions de services – Inapplication des directives sur les marchés publics – Respect des principes d'égalité et de transparence
 3. PPP – Contrat entre un pouvoir adjudicateur et une entreprise dans laquelle il détient du capital – Notion de contrôle analogue – Notion de contrôle analogue
 4. PPP – Concession de services de distribution de gaz – Obligation de transparence – Concession – Critère objectif permettant de ne pas mettre en concurrence
 5. PPP – Constitution d'une société d'économie mixte – Marchés publics

Chaussée de la Hulpe, 178 B - 1170 Bruxelles

Tél : 32(02)743.69.00 Fax : 32(02)743.69.01 E-mail : <mailto:patrick.thiel@cms-db.com> – <http://www.cms-db.com>

1. PPP – CONTRAT IN-HOUSE – SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE – PRIVATISATION EN COURS - APPLICATION DES RÈGLES DE MARCHÉS PUBLICS À COMMANDE

L'attribution d'un marché de services de collecte et de traitement des déchets ne doit pas se faire aux termes d'une procédure de mise en concurrence de type marchés publics, même si le contractant est une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur, lorsque le pouvoir adjudicateur exerce sur l'attributaire du marché, entité distincte – un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent.

Cependant, lorsque la procédure d'attribution « in house » se fait simultanément à la recherche de capitaux privés pour cette entreprise d'économie mixte et que le contrat de services ne débute qu'après l'entrée des capitaux privés dans la société d'économie mixte, le contrat entre dans le champ d'application de la réglementation des marchés publics.

La réalisation de l'objectif poursuivi par cette dernière, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les états membres, serait compromise s'il était loisible aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à des manœuvres visant à masquer l'attribution de marchés publics de services à des entreprises d'économie mixte. Même s'il est vrai que, pour des raisons de sécurité juridique, il convient en général d'examiner l'éventuelle obligation pour le pouvoir adjudicateur de procéder à un appel d'offres public au vu des conditions prévalant à la date d'attribution du marché public en cause, les circonstances particulières de la présente affaire requièrent la prise en considération d'événement survenus ultérieurement (CJCE, affaire C-29/04 du 10 novembre 2005).

2. PPP – PARKINGS PUBLICS PAYANTS – CONCESSION DE SERVICES – INAPPLICATION DES DIRECTIVES SUR LES MARCHÉS PUBLICS – RESPECT DES PRINCIPES D'ÉGALITÉ ET DE TRANSPARENCE

L'attribution de la gestion d'un parking public payant, en contrepartie de laquelle le prestataire est rémunéré par des montants payés par les tiers pour l'usage de ce parking, constitue une concession de service public à laquelle la directive 92/50 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, n'est pas applicable.

Les articles 43 et 49 du traité CE, ainsi que les principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence s'opposent cependant à ce qu'une autorité publique attribue, sans mise en concurrence, une concession de service public à une société par actions issue de la transformation d'une entreprise spéciale de cette autorité publique, société dont l'objet social a été élargi à de nouveaux domaines importants, dont le capital doit obligatoirement être ouvert à court terme à d'autres capitaux, dont le domaine territorial d'activités a été élargi à l'ensemble du pays ainsi qu'à l'étranger et dont le conseil d'administration possède de très amples pouvoirs de gestion qu'il peut exercer de manière autonome (CJCE, affaire C-458/03 du 13 octobre 2005).

3. PPP – CONTRAT ENTRE UN POUVOIR ADJUDICATEUR ET UNE ENTREPRISE DANS LAQUELLE IL DÉTIENT DU CAPITAL - NOTION DE CONTRÔLE ANALOGUE

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services visés par la réglementation, avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics doivent être appliquées.

Il faut que cette personne distincte fonctionne selon les règles du droit privé.

Toutefois il n'y pas de marchés publics si l'autorité publique qui est un pouvoir adjudicateur :

- exerce sur l'entité distincte en question un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et
- cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la ou les autorités publiques qui la détiennent.

Ces deux critères sont cumulatifs. (CJCE, arrêt Stad Halle, affaire C-26/03 du 11 janvier 2005)

La participation, fut-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur exclu en tout état de cause, que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Tout placement du capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés. Ce capital privé poursuit des objectifs de nature différente de considérations et d'exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public.

L'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et aux principes d'égalité de traitement des intéressés visés dans les directives des marchés publics, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents. (CJCE, Stad Halle, affaire C-26/03 du 11 janvier 2005)

4. PPP - CONCESSION DE SERVICES DE DISTRIBUTION DE GAZ – OBLIGATION DE TRANSPARENCE – CONCESSION – CRITÈRE OBJECTIF PERMETTANT DE NE PAS METTRE EN CONCURRENCE

L'attribution d'une concession relative à la gestion du service public de distributions de gaz n'est régie par aucune des directives marchés publics. En l'absence d'une telle réglementation, c'est à la lumière du droit primaire, et plus particulièrement, la liberté fondamentale prévue par le traité que doivent être examinées les conséquences du droit communautaire relatives à l'attribution de telles concessions.

Dans la mesure où la concession est susceptible d'intéresser également une entreprise située dans un autre état membre, son attribution en l'absence de toute transparence est constitutive d'une différence de traitement puisqu'une entreprise étrangère n'a aucune possibilité réelle de manifester son intérêt pour obtenir la concession.

À moins qu'elle ne se justifie pas de circonstances objectives, une telle différence de traitement est constitutive d'une discrimination indirecte.

En l'espèce, il ne ressort pas de circonstances particulières telles qu'un enjeu économique très réduit, il pourrait être raisonnablement soutenu qu'une entreprise étrangère ne serait pas intéressée.

Dans ces circonstances, il appartient à la juridiction nationale de vérifier si l'attribution de cette concession répond à des exigences de transparence qui, sans nécessairement impliquer une obligation de procéder à un appel d'offres, sont notamment de nature à permettre qu'une entreprise étrangère puisse avoir accès aux informations adéquates relatives à cette concession avant qu'elle ne soit attribuée de sorte qu'elle eut été en mesure de manifester son intérêt.

Le fait que le pouvoir adjudicateur ne détienne qu'une part infime dans le capital de la société tierce (0,97%) ne constitue pas, à lui seul, une circonstance objective permettant de justifier une différence de traitement. Cette participation tellement faible ne permet pas au pouvoir adjudicateur d'exercer sur cette entreprise un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. (CJCE, affaire C-231/03 du 21 juillet 2005)

5. PPP – CONSTITUTION D'UNE SOCIÉTÉ D'ÉCONOMIE MIXTE - MARCHÉS PUBLICS

L'opération qui consiste pour un pouvoir adjudicateur, à conclure un contrat à titre onéreux portant sur des travaux, fournitures ou services visés par la réglementation est en principe un marché public. Le fait que l'opération se réalise, non par la simple conclusion d'un contrat ordinaire mais par le biais de la création d'une société d'économie mixte, ne porte pas préjudice au fait qu'il s'agit d'un contrat à titre onéreux, visé par la réglementation des marchés publics. (C.E., n° 145.163 du 30 mai 2005).

Les informations qui précèdent ne constituent pas des avis ou recommandations.

Si vous souhaitez obtenir une information complémentaire, contactez :

Me Patrick THIEL au + 32 (02) 743.69.00.