
QUELLE CONCURRENCE POUR LES CONTRATS PUBLICS EXCLUS DE LA LOI SUR LES MARCHÉS PUBLICS ?

GAUTHIER ERVYN et ELSA WAUTERS



RÉSUMÉ

La réglementation des marchés publics impose aux adjudicateurs un régime précis de passation et d'exécution de ce type de contrats.

Ces règles sont directement issues des directives européennes, elles-mêmes découlant des principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité. Elles complètent également les principes généraux de droit administratif.

Nombre de contrats publics ne répondent toutefois pas aux critères constitutifs qui définissent les « marchés publics ». Par ailleurs, certains contrats sont, bien qu'ils puissent être assimilés à des marchés, expressément exclus de la réglementation des marchés publics.

L'objet de la présente contribution est d'examiner les règles de concurrence qui s'appliquent aux contrats publics qui ne sont pas soumis à la réglementation des marchés publics.

A l'issue de cette étude, il nous apparaît que tout contrat public est soumis, soit sur base des principes du droit primaire européen, soit sur base des principes de droit administratif belge, aux règles de concurrence.

L'application de ces principes apparaît comme étant particulièrement large puisqu'ils s'appliquent à tout octroi de droits exclusifs par une entité publique à un opérateur tiers. De plus, la notion d'entité publique semble également recevoir une interprétation large et inclure de nombreux organismes majoritairement financés, gérés ou contrôlés par le public, voire même certaines entreprises privées lorsqu'elles usent majoritairement de fonds publics pour une opération.

SAMENVATTING

De reglementering op de overheidsopdrachten legt aanbesteders een precies regime op voor de gunning en de uitvoering van dit soort contracten.

Deze regels komen direct voort uit de Europese richtlijnen, die zelf voortvloeien uit de principes van gelijkheid, niet-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. Ze vervolledigen tevens de algemene beginselen van administratief recht.

Tal van overheidscontracten beantwoorden evenwel niet aan de constitutionele criteria die ze tot overheidsopdrachten maken. Daarenboven zijn zekere contracten uitdrukkelijk uitgesloten uit het toepassingsveld van de overheidsopdrachten, ook al kunnen ze er mee gelijkgesteld worden.

Deze bijdrage strekt ertoe te onderzoeken welke de mededingingsregels zijn die van toepassing zijn op overheidscontracten die niet onder de regelgeving op de overheidsopdrachten vallen.

Uit deze studie blijkt dat ieder overheidscontract onder de mededingingsregels valt, hetzij op basis van de Europese primaire rechtsprincipes, hetzij op basis van de principes van het Belgisch administratief recht.

De toepassing van deze principes blijkt bijzonder breed aangezien ze van toepassing zijn op alle exclusieve rechten die verleend worden door een publieke entiteit aan een derde ondernemer. Daarenboven kan ook het begrip «publieke entiteit» breed geïnterpreteerd te kunnen worden en betrekking hebben op talrijke instellingen die in meerderheid publiek gefinancierd, bestuurd of gecontroleerd worden, en zelfs op bepaalde private ondernemingen wanneer in meerderheid overheidsmiddelen gebruikt worden voor een operatie.

TABLE DES MATIÈRES

A.	L'arbre qui cache la forêt...	3
B.	La concurrence: principe général de droit primaire européen ?	4
C.	La concurrence: principe de droit administratif belge ?	12
D.	Qu'entend-t-on par «contrats publics non-soumis à la réglementation des marchés publics»?	14
E.	L'attribution concurrentielle des contrats publics	18
	1) La publicité préalable à l'opération envisagée	18
	2) L'attribution transparente et égalitaire des contrats publics	21
	3) La motivation de l'attribution	24
	4) Les recours	25
F.	L'exécution concurrentielle des contrats publics	26
G.	La «forêt» des contrats publics	28



A. L'arbre qui cache la forêt...

1. La réglementation des marchés publics, qui est consacrée en Belgique par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics¹, impose aux adjudicateurs un régime précis de passation et d'exécution de ce type de contrats.

Ces règles sont directement issues des directives européennes, elles-mêmes découlant des principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité.² Elles complètent également les principes généraux de droit administratif.

1 A l'heure de la rédaction des présentes, cette loi n'est toutefois pas encore en vigueur, faute d'adoption de ses arrêtés d'exécution.

2 Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, 1er considérant.

Selon l'article 2,17° de la loi du 17 juin 2016, le marché public est un « *contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* ». ³

Nombre de contrats publics ne répondent toutefois pas aux critères des qui définissent les « marchés publics ». Par ailleurs, certains contrats sont, bien qu'ils puissent être assimilés à des marchés, expressément exclus de la réglementation des marchés publics.

2. L'objet de la présente contribution est d'examiner les règles de concurrence qui s'appliquent aux contrats publics qui ne sont pas soumis à la réglementation des marchés publics.

Trop souvent en effet, les pouvoirs publics oublient ou ignorent que l'octroi et l'exécution de ces derniers sont aussi régis par des normes législatives ou des principes généraux de droit.

B. La concurrence : principe général de droit primaire européen ?

3. Le Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne ne régit pas de manière précise la manière dont les pouvoirs publics doivent octroyer et passer les contrats publics. Il contient essentiellement des interdictions visant à prohiber les restrictions au marché intérieur.

Dans ces circonstances, le législateur européen a adopté des directives pour préciser, dans le cadre de ce que l'on nomme le « droit dérivé », la réglementation d'un type de contrat public, à savoir les marchés publics. ⁴ Une directive a également ensuite été adoptée pour régir l'attribution des concessions de travaux et de services. ⁵

L'objectif principal de ces directives est d'assurer la mise en œuvre des libertés fondamentales prescrites par le Traité, lors de la passation de ces contrats publics. ⁶

Ainsi que l'a rappelé la Cour de justice a maintes reprises: « *l'objectif des directives est d'exclure à la fois le risque qu'une préférence soit donnée aux soumissionnaires ou candidats nationaux lors de toute passation de marché effectuée par les*

3 « (...) en ce compris les marchés passés en application du titre 3 par les entreprises publiques visées au 2° et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, visées au 3° ».

4 Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 65-242 et Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 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 et abrogeant la directive 2004/17/CE Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 243-374.

5 Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JO L 94 du 28.3.2014, p. 1-64.

6 Voy. notamment premier considérant de la directive 2014/24 et 4ième considérant de la directive 2014/23.

pouvoirs adjudicateurs et la possibilité qu'un organisme financé ou contrôlé par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public se laisse guider par des considérations autres qu'économiques»⁷.

Génératrices d'obligations positives envers les pouvoirs adjudicateurs⁸, les directives « marchés publics » et « concessions » instaurent des dispositions spécifiques prévoyant notamment des standards de publicité afin de répondre aux exigences de transparence et des dispositions encadrant le déroulement égalitaire de la procédure de passation des marchés publics et concessions.

4. Bien que le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne contienne pas de dispositions visant expressément les marchés publics, les libertés fondamentales⁹ sont vouées à s'appliquer à l'ensemble des marchés publics, indépendamment du fait qu'ils soient régis de façon complémentaire par le droit dérivé.¹⁰

C'est ainsi sous l'angle des dispositions relatives à l'interdiction des discriminations en fonction de la nationalité¹¹, des libertés fondamentales de libre circulation des marchandises¹² et des travailleurs¹³, du droit d'établissement¹⁴, de la libre prestation des services¹⁵ mais aussi de celles visant l'interdiction des aides d'États¹⁶, que la passation des marchés publics a progressivement été soumise à des contraintes en matière de concurrence.¹⁷

-
- 7 C.J.C.E., 15 janvier 1998 (Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. c/ Strohal Rotationsdruck GesmbH), aff. C- 44/96, *Rec.*, p. I-00073, point 33 ; C.J.C.E., 10 novembre 1998 (Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV), aff. C- 360/96, *Rec.*, p. I-6846, points 42 et 43 ; C.J.C.E., 3 octobre 2000 (The Queen c/ H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge), aff. C-380/98, *Rec.*, p. I-8035 ; Conclusion de l'Avocat général SIEGERT ALBER du 11 juillet 2002, présentées sur C.J.C.E., 22 mai 2003 (Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa c/ Varkauden Taitotalo Oy/Korhonen e.a.), aff. C-18/01, *Rec.* p. I-05321, point 79.
- 8 P. BRAUN, « A matter of principle(s) – the treatment of contracts falling outside the scope of European public procurement directives », *P.P.L.R.*, 2000, 1, p. 45.
- 9 P. BRAUN, *Ibidem* ; A.-L. DURVIAUX, *Les marchés publics dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (1995-2000)*, Bruxelles, Kluwer, 2001, p. 2 ; S. ARROWSMITH, « Public Procurement as an Instrument of Policy and the Impact of Market Liberalisation », *L. Q. R.*, 235, 1995, pp. 249-251.
- 10 A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, Bruxelles, Larcier, 2006, p. 387 et s. ; S. ARROWSMITH, *The law of Public and Utilities Procurement*, London, pp. 77-100 ; G. VANDERSANDEN, « Examen de jurisprudence (deuxième partie) des Communautés européennes », *R.C.J.B.*, 2000, 3e trimestre, pp. 559 et 630.
- 11 Art. 12 § 1 TFUE ; C.J.C.E., 13 décembre 1984 (Eberhard Haug-Adrion c/ Frankfurter Versicherungs-AG), C-251/83, *Rec.*, p. I- 925.
- 12 Article 34 TFUE ; C.J.C.E., 11 juillet 1974 (Procureur du Roi c/ Benoît et Gustave Dassonville), aff. 8/74, *Rec.*, p. 00837 ; C.J.C.E., 20 mars 1990 (Du Pont de Nemours Italia Spa c/ Unità Sanitaria Locale n° 2 di Carrara (USL)), aff. C-21/88, *Rec.*, p. I-889.
- 13 Article 45 TFUE ; CJCE, 22 juin 1993 (Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Danemark), aff. C-243/89, *Rec.*, p. I-3353.
- 14 Article 49 TFUE.
- 15 Article 56 TFUE ; C.J.C.E., 10 février 1982 (S.A. Transporoute et travaux c/ Ministère des travaux publics), aff. C-76/81, *Rec.*, p. 417.
- 16 Article 107 TFUE.
- 17 N. MICHEL, *Les marchés publics dans la jurisprudence européenne. Exposé systématique des arrêts et ordonnances de la Cour de justice des communautés européennes*, Fribourg, éd. Universitaires, 1995, p. 2 et s.

Les principes généraux d'égalité de traitement et de transparence qui découlent des libertés fondamentales furent initialement façonnés par la Cour de justice afin de s'appliquer à des situations régies par le droit dérivé des marchés publics.¹⁸

L'essence du principe d'égalité de traitement implique que chaque opérateur économique ait des chances égales de participer à la passation d'un marché public et que les offres soient soumises aux mêmes conditions pour tous les concurrents.¹⁹ Corollaire du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, la transparence implique l'existence d'une mise en concurrence qui se caractérise par des critères préalablement communiqués²⁰ et établis de façon claire et précise²¹ afin que les procédures de passation soient ouvertes au plus grand nombre possible de candidats.²²

La publicité découle naturellement du principe de transparence car elle constitue le moyen le plus effectif à sa mise en œuvre.²³ Ce principe se concrétise essentiellement par des obligations de publication impliquant que les candidats aient accès à une information adéquate à tous les stades de la procédure.²⁴

Le respect de ce principe à tous les stades de la procédure de passation est crucial afin d'assurer une concurrence saine et effective lors de celle-ci.²⁵ Ce faisant, un « droit dérivé », constitué de normes plus précises, complète le droit primaire de l'Union.²⁶

5. Dans son arrêt *Telaustria*²⁷, la Cour de justice a étendu l'application des principes d'égalité, transparence et non-discrimination, sur base desquels sont inspirées les directives européennes en matière de marchés publics, aux contrats exclus du champ d'application du droit dérivé des marchés publics.

18 C.J.C.E., 22 juin 1993 (Commission des communautés européennes c/ Danemark), aff. C-243/89, *Rec.*, p. I-3353, point 33.

19 Voy notamment C.J.U.E., 12 mars 2015, *eVigilo Ltd c/ Priešgairinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, C-538/13, point 33; C.J.C.E., 8 octobre 1980 (Peter Überschär c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte), aff. C- 810/79, *Rec.*, p. I- 2747, point 47; C.J.C.E., 18 octobre 2001 (SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo), aff. C-19/00, point 34; voy également H. BAUER-BERNET, « Egalité, information et droit communautaire » in, Ch. PERELMAN, *L'Egalité*, Bruylant, Bruxelles, 1982, p. 199.

20 C.J.C.E., 12 décembre 2002 (Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH), aff. C-470/999, *Rec.*, p. I-11617; C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), aff. C-532/06, *Rec.*, p. I-00251.

21 C.J.C.E., 20 septembre 1988 (Gebroeders Beentjes BV c/ Etat des Pays-Bas), aff. 31/47, *Rec.*, p. I-4652.

22 F. REIM, *La notion de transparence dans le droit de la concurrence*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 152.

23 C.J.C.E., 25 avril 1996, (Commission des communautés européennes c/ Belgique), *op. cit.*

24 P. THIEL, « Critères de sélection et d'attribution des marchés publics », in, D. RENDERS et K. WAUTERS, *Actualités du droit des marchés publics, Actes du colloque du 6 mai 2010 organisé par le Centre Montesquieu d'études de l'action publique de l'Université catholique de Louvain*, Bruxelles, Larcier, 2010, p. 180-182.

25 C.J.C.E., 25 avril 1996 (Commission des communautés européennes c/ Royaume de Belgique), aff. C- 87/94, *Rec.*, p. I-2043, point 51-52; C.J.C.E., 7 décembre 2000 (ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft), aff. C-94/99, *Rec.*, p. I-11037, point 24.

26 D. BATSELE, P. FLAMME et Ph. QUERTAINMONT, *Les marchés publics européens et belges*, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 4.

27 C.J.U.E., arrêt du 7 décembre 2000 (*Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG*), aff. C-324/98, *Rec.*, p. I-10745.

L'arrêt *Telaustria* porte sur un différend relatif à la passation d'un contrat pour la confection d'annuaires téléphoniques. La juridiction nationale autrichienne saisie de l'affaire posa une question préjudicielle à la Cour de justice quant à la qualification exacte à donner à la relation juridique des parties.

La Cour va qualifier le contrat de concession de service public, contrat public non soumis à l'époque au droit européen des marchés publics, et juger que :

«A cet égard, il convient de relever que, nonobstant le fait que de tels contrats sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la directive 93/38, les entités adjudicatrices les concluants sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier.

En effet, ainsi que la Cour l'a jugé dans son arrêt du 18 novembre 1999, Unitron Scandinavia et 3- S (C-275/98, Rec. p. I-8291, point 31), ce principe implique, notamment, une obligation de transparence qui permet au pouvoir adjudicateur de s'assurer que ledit principe est respecté.

Cette obligation de transparence qui incombe au pouvoir adjudicateur consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »

Ainsi, la Cour indique que, nonobstant le fait que certains contrats, en l'occurrence une concession de services publics, ne sont pas régis par les directives applicables aux marchés publics, l'octroi de tels contrats reste soumis aux règles fondamentales du Traité européen.

Parmi ces règles fondamentales figure le principe de non-discrimination en raison de la nationalité²⁸, lequel crée à charge des « entités adjudicatrices » une obligation de transparence qui consiste à garantir à toute personne intéressée un degré de publicité adéquat, lequel a deux finalités :

- d'une part, ouvrir le marché des services à la concurrence ;
- d'autre part, permettre un contrôle de l'impartialité des procédures « d'adjudication ».

6. Cette jurisprudence a été confirmée par de nombreux autres arrêts, rendus en matière de contrats autres que les marchés publics, et notamment le célèbre arrêt *BRIXEN*²⁹ :

46 Nonobstant le fait que les contrats de concession de services publics sont, au stade actuel du droit communautaire, exclus du champ d'application de la

28 Art. 18 TFUE.

29 C.J.C.E., 15 octobre 2005 (*Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.*), aff. C-458/03, Rec., p. I-08585.

directive 92/50, les autorités publiques les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité CE en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier (voir, en ce sens, arrêts du 7 décembre 2000, Telaustria et Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, point 60, et du 21 juillet 2005, Coname, C-231/03, non encore publié au Recueil, point 16).

47 L'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité est énoncée à l'article 12 CE. Les dispositions du traité plus spécifiquement applicables aux concessions de services publics comprennent notamment l'article 43 CE, dont le premier alinéa énonce que les restrictions à la liberté d'établissement des ressortissants d'un État membre dans le territoire d'un autre État membre sont interdites, et l'article 49 CE, qui dispose, à son premier alinéa, que les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation.

48 Selon la jurisprudence de la Cour, les articles 43 CE et 49 CE sont une expression particulière du principe d'égalité de traitement (voir arrêt du 5 décembre 1989, Commission/Italie, C-3/88, Rec. p. 4035, point 8). L'interdiction de discrimination en raison de la nationalité est également une expression spécifique du principe général d'égalité de traitement (voir arrêt du 8 octobre 1980, Überschär, 810/79, Rec. p. 2747, point 16). Dans sa jurisprudence relative aux directives communautaires en matière de marchés publics, la Cour a précisé que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires vise à ce que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres, et ceci indépendamment de leur nationalité (voir, en ce sens, arrêt du 25 avril 1996, Commission/Belgique, C-87/94, Rec. p. I-2043, points 33 et 54). Il en résulte que le principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires trouve à s'appliquer à des concessions de services publics même en l'absence d'une discrimination en raison de la nationalité.

49 Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité impliquent, notamment, une obligation de transparence qui permet à l'autorité publique concédante de s'assurer que ces principes sont respectés. Cette obligation de transparence qui incombe à ladite autorité consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture de la concession des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (voir, en ce sens, arrêt Telaustria et Telefonadress, précité, points 61 et 62).

La Cour y enseigne, qu'outre le principe de non-discrimination en raison de la nationalité, les règles fondamentales du Traité incluent les principes de libre établissement et de libre prestation de services actuellement prescrits aux articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

D'après la Cour, ces règles fondamentales procèdent toutes du principe fondateur d'égalité de traitement.

7. Il faut toutefois souligner que l'applicabilité du principe de transparence et les obligations de mise en concurrence en découlant, sont subordonnées à la présence d'un intérêt transfrontalier.³⁰ Dès le moment où le contrat pourrait intéresser un opérateur économique provenant d'un autre État membre, au nom de la protection du marché intérieur, on ne peut permettre qu'il subsiste des inégalités de traitement entre soumissionnaires car certaines entreprises seraient indéniablement favorisées au détriment d'une concurrence saine et effective.³¹

La Cour considéra dans l'affaire BRIXEN que nonobstant le fait que l'ensemble des parties à la cause était basées en Italie, le contrat litigieux avait bien un effet transfrontalier, rendant applicable le droit primaire européen :

*« il ne peut être exclu que, dans l'affaire au principal, des entreprises établies dans des États membres autres que la République italienne auraient été intéressées de fournir les services concernés. Or, en l'absence de publicité et d'ouverture à la concurrence de l'attribution d'une concession de services publics telle que celle en cause au principal, une discrimination est exercée, à tout le moins potentiellement, au détriment des entreprises des autres États membres qui sont empêchées de faire usage de la liberté de fournir des services et de la liberté d'établissement prévues par le traité ».*³²

Les éléments à prendre en compte afin de savoir si le contrat public présente un intérêt transfrontalier furent précisés par la jurisprudence de la Cour. Cet intérêt peut notamment être déduit de l'importance économique de la convention projetée³³, de son lieu d'exécution³⁴ ou des caractéristiques techniques l'affectant.³⁵ Il appartient dans tous les cas à la juridiction de renvoi d'apprécier les éléments pertinents de façon circonstanciée aux fins d'établir si le contrat présente des intérêts transfrontaliers ou non.³⁶

8. La Cour de justice de l'Union européenne a donc consacré l'existence d'un droit primaire de la concurrence, directement issu du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.

Ce droit primaire est autonome et s'applique aux contrats autres que les marchés publics, nonobstant l'absence de directives européennes spécifiques.

30 C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), *op. cit.*, pour les concessions de services publics ; C.J.C.E., 13 novembre 2007 (Commission des Communautés européennes c/ Irlande), *op. cit.*, pour les services non-prioritaires ; C.J.C.E., 26 avril 2007 (Commission des Communautés européennes c/ République de Finlande), *op. cit.*, pour les contrats tombant en dessous des seuils européens.

31 A. BROWN, « Seeing through transparency : the requirement to advertise public contracts and concessions under the EC », *op. cit.*, p. 9.

32 C.J.C.E., 15 octobre 2005 (Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.), *op. cit.*, point 55.

33 C.J.C.E., 15 mai 2008 (SECAP SpA et Santorso Soc. Arl c/ Comune di Torino), aff. Jointes C-147/06 et C-148/06, *Rec.*, p. I-03565.

34 C.J.C.E., 17 juillet 2008 (ASM Brescia SpA c/ Comune di Rodengo Saiano), aff. C-347/06, *Rec.*, p. I-05641, point 62 ; C.J.U.E., 14 Novembre 2013 (Belgacom NV c/ Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) and Others.), aff. C-221/12, point 29.

35 C.J.C.E., 15 mai 2008 (SECAP SpA et Santorso Soc. Arl c/ Comune di Torino), *op. cit.*, point 24.

36 C.J.U.E., 23 décembre 2009 (Serrantoni Srl et Consorzio stabile edili Scrl c/ Comune di Milano), C-376/08, *Rec.*, p. I-12169, point 25.

La Cour de justice considère donc que l'octroi (et l'exécution) de ces contrats publics est soumis aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence.

9. La Cour de justice de l'Union européenne va, par ailleurs, juger que ces principes généraux s'appliquent à tout « octroi de droits exclusifs » par un pouvoir adjudicateur à un opérateur privé.

A titre d'exemple, on citera l'arrêt rendu par la Cour le 6 mai 2010.³⁷ Dans cette affaire, la Cour a considéré qu'un contrat de cession d'actions, par lequel un pouvoir adjudicateur charge un adjudicataire de la gestion d'une entreprise de casino et de la réalisation d'un plan de développement de celui-ci, n'exclut pas – même s'il ne s'agit pas d'un marché public – « *qu'un tel contrat doit observer les règles fondamentales et les principes généraux du traité, notamment en matière de liberté d'établissement et de libre circulation des capitaux* ».

Par arrêt du 3 juin 2010, C-203/08, Sporting Exchange Ltd, la Cour de justice confirme l'application des principes d'égalité, transparence et non-discrimination à l'octroi des agréments publics exclusifs :

« 46 Le fait que la délivrance d'un agrément unique n'équivaut pas à un contrat de concession de services ne saurait, à lui seul, justifier que les exigences qui découlent de l'article 49 CE, notamment le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, soient méconnues lors de l'octroi d'une autorisation administrative telle que celle en cause au principal.

47 En effet, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé aux points 154 et 155 de ses conclusions, l'obligation de transparence apparaît comme une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer à un opérateur le droit exclusif d'exercer une activité économique, quel que soit le mode de sélection de cet opérateur. Une telle obligation a vocation à s'appliquer dans le cadre d'un régime d'agrément octroyé à un opérateur unique par les autorités d'un État membre dans l'exercice de leurs pouvoirs de police, puisque les effets d'un tel agrément à l'égard des entreprises établies dans d'autres États membres et qui seraient potentiellement intéressées par l'exercice de cette activité sont les mêmes que ceux d'un contrat de concession de services.

48 Certes, ainsi qu'il découle de la réponse à la première question, les États membres disposent d'un pouvoir d'appréciation suffisant en vue de définir le niveau de protection recherché en matière de jeux de hasard et, par conséquent, il leur est loisible de choisir, comme dans l'affaire au principal, un régime d'agrément au profit d'un opérateur unique.

49 Néanmoins, un tel régime ne saurait légitimer un comportement discrétionnaire de la part des autorités nationales, de nature à priver de leur effet utile les dispositions du droit de l'Union, notamment celles relatives à une liberté fondamentale telle que la libre prestation des services.

37 C.J.U.E., arrêt du 6 mai 2010, (Club Hotel Loutraki), aff. C-145/08 & C-149/08, Rec., p. I-04165.

50 En effet, selon une jurisprudence constante, pour qu'un régime d'autorisation administrative préalable soit justifié alors même qu'il déroge à une liberté fondamentale, il doit être fondé sur des critères objectifs, non discriminatoires et connus à l'avance, de manière à encadrer l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités afin que celui-ci ne soit pas utilisé de manière arbitraire (arrêts du 17 juillet 2008, *Commission/France*, C-389/05, Rec. p. 15397, point 94, et du 10 mars 2009, *Hartlauer*-, C-169/07, Rec. p. 11721, point 64). En outre, toute personne frappée par une mesure restrictive fondée sur une telle dérogation doit pouvoir disposer d'une voie de recours de nature juridictionnelle (voir, en ce sens, arrêt du 20 février 2001, *Analir-e.a.*, C-205/99, Rec. p. I-1271, point 38).

51 Le respect du principe d'égalité de traitement et de l'obligation de transparence qui en découle doit nécessairement impliquer que les critères objectifs permettant d'encadrer le pouvoir d'appréciation des autorités compétentes des États membres soient soumis à une publicité adéquate.»

Par un arrêt BELGACOM du 14 novembre 2013, la Cour va confirmer que «les articles 49 TFUE et 56 TFUE doivent être interprétés en ce sens qu'un opérateur économique d'un État membre peut invoquer devant les juridictions de cet État membre la violation de l'obligation de transparence découlant de ces articles qui aurait été commise à l'occasion de la conclusion d'une convention par laquelle une ou plusieurs entités publiques dudit État membre ont soit attribué à un opérateur économique du même État membre une concession de services présentant un intérêt transfrontalier certain, soit accordé à un opérateur économique le droit exclusif d'exercer une activité économique présentant un tel intérêt.».³⁸

Cette conclusion s'est imposée malgré le fait que l'autorité publique, à savoir une intercommunale flamande, avait octroyé, plusieurs années auparavant, un droit de préemption à l'attributaire de la concession et qu'elle entendait, par l'octroi des nouveaux droits, respecter les obligations contractuelles qu'elle avait donc précédemment souscrites.

Enfin, dans un arrêt FALK PHARMA de 2016³⁹, la Cour de justice a également confirmé l'application des règles fondamentales du TFUE, en particulier les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement entre opérateurs économiques ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, à un système d'accords étranger aux marchés publics. Par ce système, une entité publique entendait acquérir des biens sur le marché en contractant, pendant toute la durée de validité de ce système, avec tout opérateur économique qui s'engage à fournir les biens concernés à des conditions prédéterminées, sans opérer de choix entre les opérateurs intéressés et en permettant à ceux-ci d'adhérer audit système pendant toute la durée de validité de celui-ci.

10. En conclusion, il apparaît que l'octroi de droits exclusifs à un opérateur économique, par une autorité publique ou toute entité y assimilée, est soumis aux

38 CJUE, arrêt 14 novembre 2013 (*Belgacom NV contre Interkommunale voor Teledistributie van het Gewest Antwerpen (INTEGAN) e.a.*), aff. C-221/12.

39 C.J.U.E., arrêt du 2 juin 2016 (*Dr. Falk Pharma GmbH*), aff. C-410/14.

principes du droit européen primaire de la concurrence, que sont les principes d'égalité, de transparence et de non-discrimination, des lors qu'il y a un intérêt transfrontalier.

C. La concurrence : principe de droit administratif belge ?

11. Le droit belge connaît une série de principes généraux de droit administratif.

Ces principes de droit administratif peuvent découler soit de normes expresses et écrites, soit de « *l'économie générale du système juridique administratif* », soit encore de ce qui est considéré comme « *la volonté implicite du législateur* ». ⁴⁰

De nombreux principes de droit administratif permettent de déduire une obligation de respect de la concurrence par les autorités publiques qui y sont soumises.

12. L'un des principes fondamentaux du droit belge est consacré par les articles 10 et 11 de la Constitution, à savoir le respect de l'égalité et l'interdiction de la non-discrimination.

D'autres principes sont consacrés par la législation.

On citera à cet égard principalement la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs ainsi que la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes. Des dispositions normatives similaires existent par ailleurs dans les entités fédérées. ⁴¹

Ces normes impliquent l'obligation de publicité active, laquelle consiste notamment dans la communication aux administrés des voies de recours contre les décisions adoptées. La publicité passive permet, quant à elle, pour l'essentiel, d'autoriser l'accès des administrés au contenu des documents administratifs qui sont adoptés par les autorités publiques, ce qui participe à leur transparence. ⁴²

13. La Cour de cassation ⁴³ a, par ailleurs, considéré que les autorités publiques étaient, dans leur action, soumises au principe de l'intérêt général.

Un autre principe de droit administratif, qui a trait au respect de l'égalité entre les opérateurs privés, est celui qui est consacré par l'allocation latine « *Patere legem*

40 A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME, J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch Administratief Recht*, Mechelen, Kluwer, 2012, p. 48 et s.; voy également D. RENDERS, *Droit administratif général*, 2^{ème} ed, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 323.

41 Cfr. aussi le Décret wallon du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'Administration, le Décret wallon du 7 mars 2001 relatif à la publicité de l'administration dans les intercommunales wallonnes, l'Ordonnance bruxelloise du 26 juin 1997 relative à la publication de l'administration, le Décret flamand du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration.

42 D. RENDERS, *op. cit.*, p. 346 et s.

43 Cass., 10 mai 1929, Pas., I, 183.

quam ipse fecisti».⁴⁴ Ce principe signifie que «l'administration ne peut déroger par une décision particulière à un règlement qu'elle a elle-même antérieurement édicté et qui ne prévoit bien entendu pas une telle possibilité de dérogation».⁴⁵

Le Conseil d'Etat a ainsi jugé que «la circonstance que les articles 95 et 107 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne trouvent pas à s'appliquer n'entraîne pas pour conséquence que les soumissionnaires sont déliés de l'obligation de soumettre une offre conforme aux dispositions du cahier spécial des charges. De même, si le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de respecter le cadre fixé par les articles 95 et 107 précités, il n'en reste pas moins tenu de respecter le principe *patere legem quam ipse fecisti* et le principe d'égalité des soumissionnaires et, par conséquent, de vérifier que les offres déposées sont conformes aux conditions du cahier spécial des charges».⁴⁶

Dans l'exercice de la fonction d'administrer, l'autorité est également tenue de respecter le principe du raisonnable. Ce principe implique que l'autorité adopte une décision conforme à «la raison».⁴⁷ Il y a violation du principe du raisonnable lorsque les motifs et l'objet de la décision présentent une inadéquation manifeste. Il s'agira dans ce cas de l'adoption d'une décision qu'aucune autorité, placée dans les mêmes circonstances et fonctionnant normalement, n'aurait adopté.⁴⁸

Le devoir de prudence vient également encadrer l'action de l'administration. Ce principe implique qu'il soit procédé à un examen sérieux et adéquat des dossiers avant décision. Le Conseil d'Etat estime notamment que «le devoir de soin impose à l'autorité d'agir avec soin lorsqu'elle enquête à propos de faits, et de veiller à ce que toutes les données utiles soient fournies afin que sa décision puisse être prise à la suite d'une appréciation convenable de toutes les données utiles à la cause».⁴⁹

D. Qu'entend-t-on par «contrats publics non-soumis à la réglementation des marchés publics» ?

14. Afin de déterminer l'objet de la présente étude, il convient d'éclaircir ce qu'il y a lieu d'entendre par «*contrat public non-soumis à la réglementation des marchés publics*».

44 Souffre la loi que tu as faite toi-même.

45 P. GOFFRAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, 2^{ième} ed., Bruxelles, Bruylant, 2016.

46 C.E., 29 novembre 2015, n° 232776, SPRL LOPITAL BELGIË; voy également C.E., 23 février 2015, n°30266, SPRL STEKKE+FRAAS ARCHITECTES et consorts; C.E., 17 décembre 2014, n°229590, SA compagnie d'entreprises CFE et Vinci Construction Terrassement SAS.

47 C.E., 27 septembre 1988, n° 30.876, De Leener et Ballon.

48 C.E., 18 février 1986, n°26.181, De Wilde; voir également en matière de marchés publics C.E., 28 juin 1989, n°32.905, n.v. Constructies electriciteitswerken.

49 C.E., 23 février 1996, n° 58.328, Hadad; D. Renders, op. cit., p. 336; sur le devoir de minutie appliqué aux contrats de l'administration voy C.E. 17 décembre 2014, n°229591, ASBL Mensura Service Externe de Prévention et de Protection au Travail.

15. L'expression « contrat public » n'est pas légalement définie.

Il s'agit d'un contrat, premièrement; qui inclut l'intervention d'une « entité publique », deuxièmement; et qui n'est pas soumis à la réglementation des marchés publics, troisièmement.

16. Le contrat public est tout d'abord un contrat.

Un contrat est un accord de volonté formé librement entre deux personnes qui ont une personnalité juridique distincte.

Ce contrat est généralement de nature synallagmatique et génère des droits et obligations dans le chef des deux co-contractants. On citera ainsi par exemple la concession de travaux, la concession de services, la vente ou la location immobilière, ou encore la concession domaniale.

Le contrat public est à distinguer des décisions administratives unilatérales de l'administration, telles que les autorisations domaniales, l'octroi d'agrément, de subventions ou de droits exclusifs, ou encore l'imposition de charges d'urbanisme ou d'obligations environnementales.

17. Le contrat « public » est une opération conclue par au moins une « entité publique ».

Si nous utilisons volontairement la notion assez large d'« entité publique », c'est parce que le caractère public de la personne qui contracte peut être apprécié de manière plus ou moins extensive, en fonction des normes qui s'appliquent au contrat.

Nous avons relevé ci-avant que les principes de concurrence pouvaient être issus, pour partie, du droit primaire européen et, pour partie, des principes de droit administratif belge.

18. En ce qui concerne les principes de droit administratif belge, ceux-ci ne s'adressent pas à toutes les personnes morales de droit public.

Ils s'appliquent en effet uniquement aux autorités administratives, au sens de l'article 14 des lois coordonnées du 12 janvier 1973 sur le Conseil d'état.

Le Conseil d'état et la Cour de cassation ont développé une jurisprudence foisonnante pour définir cette notion, laquelle délimite la compétence du Conseil d'état.

La jurisprudence de la Cour de cassation⁵⁰, qui prime celle du Conseil d'Etat, considère que « *la notion légale d'autorité administrative (...) suppose, dans le chef des personnes morales créées ou reconnues par les pouvoirs publics qui ne relèvent pas du pouvoir judiciaire ou législatif mais ayant adopté la forme d'une personne morale de droit privé, l'existence d'un pouvoir de décision obligatoire à l'égard des tiers* ».

50 Cass., arrêt du 5 février 2016 (n° C.15.0164.F), www.juridat.be. Cet arrêt fait suite à d'autres décisions de la Cour de cassation dans le même sens : Cass., 13 juin 2013 (arrêt C.12.0458.F/1), www.juridat.be; Cass. Ch réunies, 30 mai 2011 (n° C.10.0508.N/1), www.juridat.be.

Une autorité administrative se caractérise donc par l'imperium dont elle est légalement investie : elle doit pouvoir prendre des mesures obligatoires à l'égard de tiers.

La Cour constitutionnelle a également confirmé cette jurisprudence.⁵¹

19. Pour ce qui concerne le droit primaire européen, les libertés fondamentales qui y sont consacrées et dont découle la concurrence, s'imposent aux « Etats membres ».

Dans le cadre des marchés publics, la directive européenne a largement étendu le champ d'application personnel de la réglementation et y ont soumis nombre d'« organismes de droit public », dès lors qu'ils sont soit financés, soit dirigés, soit contrôlés majoritairement par des fonds publics.⁵² Le 10^e considérant de la Directive 2014/24/CE stipule à cet égard : « À cette fin, il faudrait préciser qu'un organisme, qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, ne devrait pas être considéré comme un « organisme de droit public », étant donné que les besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels il a été créé ou qu'il a été chargé de satisfaire peuvent être réputés avoir un caractère industriel ou commercial. »

La Directive s'impose également aux marchés de travaux (et services annexes) passés par des personnes de droit privé dès lors que celles-ci sont subventionnées, pour ces marchés, à plus de 50 % par des pouvoirs adjudicateurs.⁵³

20. Dès lors que les contrats publics ne sont pas soumis à la Directive « marchés publics », se pose la question de savoir si le droit primaire de la concurrence s'applique également à des « organismes de droit public » ou des personnes de droit privé subventionnées, au sens de cette Directive.

Dans le cadre de son arrêt WALL AG⁵⁴, la Cour de justice a été interrogé sur le fait de savoir si l'entreprise privée qui est concessionnaire d'une concession de services était soumise aux règles de droit primaire européen. La Cour a à cet égard jugé ce qui suit :

47 Pour établir si une entité présentant des caractéristiques telles que celles de FES peut être assimilée à une autorité publique liée par l'obligation de transparence, il y a lieu de s'inspirer de certains aspects de la définition de la notion de « pouvoir adjudicateur » figurant à l'article 1^{er}, sous b), de la directive 92/50, relative aux marchés publics de services, dans la mesure où ces aspects répondent

51 C. Const, arrêt 131/2012 du 30 octobre 2012, <http://www.const-court.be/public/f/2012/2012-131f.pdf>, B.8.1 : « Une association sans but lucratif ne peut être qualifiée d'autorité administrative au sens de cette disposition que dans la mesure où elle peut prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers (Cass., 28 octobre 2005, Pas., 2005, n° 550; Cass., 30 mai 2011, Pas., 2011, n° 363), c'est-à-dire déterminer unilatéralement ses propres obligations vis-à-vis des tiers ou constater unilatéralement les obligations de ces tiers (Cass., 30 mai 2011, Pas., 2011, n° 363). »

52 Directive 2014/24/UE, article 2.

53 Directive 2014/24/UE, article 2.

54 CJUE, 13 avril 2010 (Wall AG c/ La ville de Francfort-sur-le-Main et Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH, aff. C-91/08, Rec., p. I-02815).

aux exigences posées par l'application aux concessions de services de l'obligation de transparence qui découle des articles 43 CE et 49 CE.

48 En effet, ces derniers articles et les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination en raison de la nationalité, ainsi que l'obligation de transparence qui en découle, poursuivent des objectifs identiques à ceux visés par ladite directive, notamment visant la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans les États membres.

49 Au vu de ce qui précède, il convient de vérifier si deux conditions sont réunies, à savoir, d'une part, que l'entreprise concernée est sous le contrôle effectif de l'État ou d'une autre autorité publique et, d'autre part, qu'elle n'opère pas en situation de concurrence sur le marché.»

La Cour semble donc considérer, en opérant une analogie avec les Directives « marchés publics » que des organismes qui, d'une part, sont sous le contrôle effectif de l'État ou d'une autre autorité publique et, d'autre part, n'opèrent pas en situation de concurrence sur le marché, sont soumis au droit primaire de la concurrence.

Il nous semble qu'un tel raisonnement pourrait valoir pour d'autres « contrats publics » que les concessions.

Cette interprétation extensive a notamment été consacrée, pour ce qui concerne les concessions de travaux et de services, dans la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.⁵⁵ La loi du 17 juin 2016 relative aux concessions reprend également ce champ d'application personnel étendu.

Le Conseil d'état s'est aussi penché sur la possibilité de définir plus largement la notion d'autorité administrative. Ainsi, ce dernier s'est interrogé, dans le cadre d'un recours relatif à l'octroi par la S.A. Brussels South Charleroi Airport d'une sous-concession d'exploitation de navettes par bus⁵⁶, sur l'éventuelle discrimination inhérente à la notion d'autorité administrative telle qu'elle est limitativement interprétée par la Cour de cassation :

«Ainsi interprété, l'article 14 des lois sur le Conseil d'Etat précitées crée une distinction entre deux catégories de candidats à l'obtention d'une concession (ou sous-concession) de service public : il s'agit, d'une part, des candidats à l'obtention d'une concession attribuable par une personne morale de droit privé répondant aux conditions de création, de contrôle et de missions précédemment rappelées, qui doivent établir que l'acte d'attribution est un acte obligatoire à l'égard des tiers, et, d'autre part, des candidats à l'obtention d'une concession attribuable par une personne morale considérée comme relevant d'un régime de droit public, desquels il n'est pas exigé qu'ils montrent que l'acte d'attribution est un acte obligatoire à l'égard des tiers.»

⁵⁵ Cfr articles 6 et 7.

⁵⁶ C.E., arrêt du 17 octobre 2014, n°228.797, EUROBUSSING WALLONIE.

Le Conseil d'état semble donc également vouloir imposer l'application des principes de droit administratif à certaines entités, qui n'ont pas la qualité d'autorité administrative, mais dépendent du public.

21. Enfin, les contrats publics visés par la présente étude sont ceux qui ne sont « *pas soumis à la réglementation des marchés publics* ».

Comme indiqué *supra*, il s'agit donc soit de marchés publics expressément exclus de la réglementation des marchés publics, soit de contrats qui ne répondent pas aux critères constitutifs fixés par la loi pour définir les marchés publics, à savoir un « *contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* ». ⁵⁷

La loi du 17 juin 2016 exclut expressément certaines opérations contractuelles de son champ d'application matériel. A titre d'exemple l'on peut citer les acquisitions ou locations d'immeubles existants (article 28, § 1^{er}, 1^o), les marchés dits « *in house* » (article 30) et la coopération horizontale non institutionnalisée (article 31), les marchés de services passés sur la base d'un droit exclusif (article 29) ainsi que les marchés de faible montant qui peuvent être passés sur base d'une simple facture acceptée (article 92).

D'autres contrats publics sont, de part nature, exclus de la réglementation des marchés publics parce qu'ils n'en sont pas.

Il s'agit par exemple des contrats par lesquelles l'autorité publique cède le droit de propriété ou d'autres droits réels sur des biens immeubles ou meubles à des opérateurs privés.

Il s'agit également des concessions domaniales, à savoir « *un contrat administratif par lequel l'autorité concédante permet à un usager d'occuper une parcelle du domaine public à titre exclusif et à temps, mais de façon précaire et révocable* ». ⁵⁸

La cession de droits réels immobiliers est régie par diverses circulaires ministérielles: circulaire wallonne du 23 février 2016 portant sur les opérations immobilières des pouvoirs locaux; circulaires de la Région de Bruxelles-Capitale du 22 décembre 2015 et de la Commission communautaire commune du 3 mai 2016 relatives à l'acquisition ou l'aliénation d'un droit de propriété ou de droits réels relatifs aux biens immeubles.

Ces circulaires imposent diverses obligations en matière de respect de la concurrence, liées à la publicité des actes et au traitement égalitaire des candidats.

57 Art. 2,17^o loi du 17 juin 2016.

58 M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. 2, Bruylant, 1989, n°426, cité par C.E. arrêt du 21 octobre 2010, n°208.354.

E. L'attribution concurrentielle des contrats publics

1) La publicité préalable à l'opération envisagée

22. Les principes d'égalité, transparence et non-discrimination impliquent tout d'abord l'obligation pour les pouvoirs publics d'assurer une transparence adéquate lorsqu'ils entendent conclure des contrats publics avec des tiers.

Cette obligation de transparence est essentiellement fondée, suivant la Cour de justice de l'Union européenne, sur la volonté de garantir les risques de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur à l'égard de certains soumissionnaires ou de certaines offres.⁵⁹

Outil concurrentiel par excellence, la publicité s'impose comme un moyen pour les entreprises situées sur le territoire d'un autre État membre d'être informées en temps utile sur les points essentiels d'un contrat public avant que celui-ci ne soit attribué et de pouvoir manifester leur intérêt dans les délais.⁶⁰

Concrètement, le principe de transparence impose un degré de publicité adéquat.⁶¹

À cet effet, l'information requise et les moyens pour sa communication varieront en fonction de la taille du contrat et de la spécificité de son objet.⁶²

Dans l'arrêt *Parking Brixen*, la Cour a stipulé qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur d'apprécier le niveau de mise en concurrence nécessaire en fonction de la spécificité de la concession de service. Dès lors, les exigences en termes de publicité étant actuellement peu claires, le degré de publicité à fournir pour la mise en concurrence de chaque contrat public non soumis aux dispositions du droit dérivé, s'apprécie en fonction du cas d'espèce.⁶³ Il ne faut en effet pas interpréter le principe de transparence comme imposant des obligations de

59 C.J.U.E., arrêt du 5 décembre 2013, *Nordecon AS*, C-561/12; C.J.U.E., 12 mars 2015, *op. cit.*, point 33 et jurisprudence citée.

60 C.J.C.E., 26 septembre 2000 (*Commission des communautés européennes c/ France*), aff. C-225/98, *Rec.*, p. I, point 35; C.J.C.E., 21 juillet 2005 (*Consorzio Aziende Metano c/ Comune di cingia de'Botti*), *op. cit.*, point 21.

61 C.J.C.E., 7 décembre 2000 (*Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG*), *op. cit.*, point 62; C.J.C.E., 21 juillet 2005 (*Consorzio Aziende Metano c/ Comune di cingia de'Botti*), *op. cit.*, points 16 et 17; C.J.C.E., 15 octobre 2005 (*Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.*), *op. cit.*, point 49; C.J.C.E., 6 avril 2006 (*Associazione Nazionale Autotrasporto Viaggiatori (ANAV) c/ Comune di Bari et AMTAB Servizio SpA*), *op. cit.*, point 21.

62 O.C.D.E., *Integrity in public procurement, good practice from A to Z*, Paris, OCDE ed., 2007, p. 30.

63 Voy. au sujet des contrats dont les montants tombent sous les seuils européens: Conclusion de l'Avocat général SHARPSTON présentées le 18 janvier 2007 sur C.J.C.E., 26 avril 2007 (*Commission des Communautés européennes c/ République de Finlande*), *op. cit.*; au sujet des services non-prioritaires: Conclusions de l'Avocat Général KOKOTT présentées le 13 mars 2008 sur C.J.C.E., 19 juin 2008 (*pressetext Nachrichtenagentur GmbH contre Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH et APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung*), aff. C-454/06, *Rec.*, p. I-04401, point 115 et 116.

publicité similaires en tout point aux dispositions contenues dans le droit dérivé.⁶⁴

Toutefois, pour la Commission européenne, une publication préalable, même moins formalisée que celle encadrant la passation des marchés public, est nécessaire et la pratique consistant à passer des contrats de gré à gré, en s'adressant directement à certains soumissionnaires potentiels, n'est pas suffisante.⁶⁵

Par conséquent, «*la seule façon de respecter les exigences définies par la Cour consiste, dans la diffusion d'une publicité suffisamment accessible avant l'attribution du marché. Cette publicité doit être diffusée par l'entité adjudicatrice en vue d'ouvrir à la concurrence l'attribution du marché.*»⁶⁶

Suivant la Circulaire wallonne du 23 février 2016 portant sur les opérations immobilières des pouvoirs locaux, la publicité réalisée dans le cadre d'une enquête publique en cours de permis ne constitue pas une publicité adéquate telle que requise par les principes de droit européen.

23. Le Conseil d'état a fait sien cette obligation de publicité en matière de contrats publics.⁶⁷

Dans un arrêt *La Renaissance* du 2 mai 2011⁶⁸, le Conseil d'Etat annule les décisions de la Ville de Namur attribuant un contrat de prêt à usage gratuit portant sur des salles de cinéma à une ASBL, en vue de leur exploitation. Le Conseil d'Etat constate en effet que ces décisions n'ont fait l'objet d'aucune publicité préalable, ce qui contrevient aux principes de droit européen. Le Conseil d'état souligne d'ailleurs que nonobstant le caractère local de l'exploitation envisagée, l'intérêt transfrontalier ne peut pas être nié.

En 2012 et 2014⁶⁹, le Conseil d'Etat se prononce également dans un sens similaire dans un litige opposant BELGACOM à TELENET, dans lequel il constate que l'octroi de droits exclusifs à TELENET par des intercommunales flamandes n'a fait l'objet d'aucune publicité préalable.

Dans son arrêt *KINEPOLIS* du 23 décembre 2015⁷⁰, le Conseil d'état juge également ce qui suit, dans le cadre d'un litige relatif à la vente publique d'un terrain :

64 Conclusions de l'avocat général J. Kokott présentées le 1er mars 2005 sur C.J.C.E., 15 octobre 2005 (*Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen and Stadtwerke Brixen AG.*), *op. cit.*, point 37.

65 Communication interprétative de la Commission du 1^{er} août 2006, «Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»», COM (2006) 179 final, p. 4; Conclusions de l'Avocat Général DAMASO RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 8 novembre 2006 sur C.J.C.E., 21 février 2008 (Commission des communautés européennes c/ République italienne), aff. C-412/04, *Rec.*, p. I-00619, point 62.

66 Communication interprétative de la Commission du 1^{er} août 2006, «Le droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives «marchés publics»», COM (2006) 179 final, p. 4.

67 Pour un arrêt ancien contraire, voir toutefois: CE, arrêt n°48.082 du 21 juin 1994, n.v. SEAPORT TERMINALS.

68 C.E. arrêt du 2 mai 2011, n°212.886, *La Renaissance*.

69 C.E. arrêts du 2 mai 2012, n°219.116 et du 26 mai 2014, n° 227.535, BELGACOM.

70 C.E., arrêt du 23 décembre 2015, n° 233.355, KINEPOLIS.

« lorsque l'autorité, en cas d'intérêt transfrontalier, ne respecte pas la transparence requise lors de la cession d'un bien immobilier (par la vente ou la concession d'un droit d'emphytéose), elle prend une mesure qui se révèle discriminatoire à l'égard de cocontractants potentiels d'autres États membres, ce qui constitue une violation des articles 49 et 56 TFUE ».

Le fait de s'abstenir d'une publicité adéquate avant passation du contrat a été jugé comme non-conforme aux principes de droit européen, quand bien même l'autorité publique avait reçu plusieurs offres d'opérateurs privés et même certains articles de presse avaient évoqué la décision de l'autorité de vendre l'immeuble.

24. De rares exceptions à l'obligation de publicité sont admises.

Selon la Cour de justice de l'Union européenne, seules des raisons impérieuses d'intérêt général peuvent justifier une dérogation au principe de publicité. Le fait de vouloir attribuer des droits dans le cadre d'un accord transactionnel pour clôturer un litige entre un pouvoir public et un opérateur privé, n'a pas été considéré comme répondant à ces exigences.⁷¹

La Cour de justice a (notamment) jugé en 2016⁷² qu'un allongement de la durée de la période transitoire au terme de laquelle doit intervenir la cessation anticipée d'une concession de distribution du gaz naturel pouvait être octroyée par un Etat en faveur du concessionnaire en place, *« pour autant qu'un tel allongement puisse être considéré comme nécessaire afin de permettre aux cocontractants de dénouer leurs relations contractuelles dans des conditions acceptables tant du point de vue des exigences du service public que du point de vue économique »*. C'est ici le principe de la sécurité qui a permis d'écarter l'application des règles de concurrence.

Le Conseil d'état a, quant à lui, admis l'absence de recours à la publicité dans un arrêt IMMOROCHA n°220.328 du 13 juillet 2012. Dans cette affaire, IMMOROCHA contestait un contrat d'échange immobilier portant, d'une part, sur une parcelle voisine d'un parc communal et, d'autre part, sur une partie de ce parc. L'acquisition de la parcelle voisine du parc répondait à des considérations d'intérêt général pour la commune et celle-ci était la seule à pouvoir offrir les bénéfices escomptés par la commune. Dès lors, le Conseil d'état a constaté que malgré l'obligation de publicité qui s'imposait normalement à ce type de contrat, la situation du voisin était unique et l'échange de terrains n'aurait pu avoir lieu avec aucune autre personne.

2) L'attribution transparente et égalitaire des contrats publics

25. Les obligations découlant du Traité européen jouent un rôle majeur dans l'encadrement du choix que doit effectuer le pouvoir adjudicateur, aussi bien au stade de la sélection des candidats qu'au stade de l'attribution de l'offre.⁷³

71 CJUE, arrêt 14 novembre 2013, C-221/12, Belgacom NV.

72 C.J.C.E., arrêt du 17 juillet 2008, C-347/06, ASM Brescia.

73 A.-L. DURVIAUX, *Logique de marché et marché public en droit communautaire, analyse critique d'un système*, op. cit., p. 430.

De fait, son pouvoir discrétionnaire, est limité non seulement par les libertés fondamentales mais également par le principe d'égalité de traitement et son corollaire la transparence.

Si la jurisprudence en la matière est plus développée en ce qui concerne la passation des marchés publics, les enseignements de la Cour sont généralement applicables aux contrats exclus du champ d'application des directives, dès lors qu'ils sont tirés des principes généraux de droit européen.⁷⁴

Le Tribunal de première instance des Communautés européennes⁷⁵ précise ainsi, en matière de marchés publics que le :

« le principe d'égalité de traitement implique, notamment, une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect (voir arrêts Lombardini et Mantovani, point 6 supra, point 38, et Commission/Chypre, point 6 supra, point 38, et la jurisprudence qui y est citée). Le principe de transparence, qui constitue le corollaire du principe d'égalité de traitement, a essentiellement pour but de garantir l'absence de favoritisme et d'arbitraire de la part du pouvoir adjudicateur (arrêts Commission/CAS Succhi di Frutta, point 6 supra, point 111) ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication (voir arrêt Parking Brixen, point 6 supra, point 49, et la jurisprudence qui y est citée). Il implique que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier si effectivement les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause (arrêt Commission/CAS Succhi di Frutta, point 6 supra, point 111). Enfin, les principes d'égalité de traitement et de transparence constituent la base des directives relatives aux procédures de passation des marchés publics. Le devoir des pouvoirs adjudicateurs d'en assurer le respect correspond à l'essence même de ces directives (voir arrêt Michaniki, point 6 supra, point 45, et la jurisprudence qui y est citée). »

Il convient donc, lors de l'octroi d'un contrat public, que les documents procéduraux d'attribution donnent une information transparente et égalitaire afin de permettre aux candidats susceptibles d'être intéressés, de pouvoir se manifester et de remettre une offre sur pied d'égalité.

26. L'égalité de traitement dans le cadre de l'attribution empêche notamment qu'un marché soit réservé à une certaine catégorie d'opérateurs au détriment d'autres candidats.⁷⁶

74 A.-L. DURVIAUX, *Ibidem.*; P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *R.T.D.eur.*, 2002, p. 433.

75 T.P.I.C.E., 16 septembre 2013 (Espagne/Commission), T-402/06.

76 P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *op. cit.*, p. 433.

Le pouvoir adjudicateur ne peut édicter des exigences relatives à la localisation des candidats qui impliqueraient des discriminations.⁷⁷

Dans l'affaire « Contse », la Cour a jugé que :

« l'article 49 CE s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur prévoit, dans le cahier des charges d'un marché public de services sanitaires de thérapies respiratoires à domicile et autres techniques de ventilation assistée, (...) une condition d'admission qui oblige l'entreprise soumissionnaire de disposer, au moment de la présentation de l'offre, d'un bureau ouvert au public dans la capitale de la province où le service doit être fourni ». ⁷⁸

C'est également dans cette optique que la Cour stipula qu'une réglementation italienne était discriminatoire. Celle-ci était en effet destinée à réserver un certain pourcentage de marchés publics aux entreprises établies dans une région précise du territoire italien ce qui était discriminatoire par rapport aux entreprises provenant d'autres États membres.⁷⁹

De même, la Cour a sanctionné une réglementation espagnole prévoyant l'octroi d'un droit exclusif d'exploitation d'une navette maritime, sur base d'un critère d'attribution relatif à l'expérience passée dans la navigation du bras de mer spécifiquement concerné par le contrat. Un tel critère favorisait nécessairement l'exploitant actuel du contrat.⁸⁰

27. L'autorité publique peut fixer des critères afin de sélectionner des candidats participant à une procédure d'octroi d'une concession ou d'un marché public tombant en dehors du champ d'application des directives.⁸¹

En vertu du principe d'égalité de traitement, il importe toutefois que la capacité des candidats ne soit pas évaluée sur base de critères qui pourraient s'avérer discriminatoires, notamment s'ils sont sans lien direct avec l'objet du marché.⁸²

Il ne faudrait pas en effet qu'en instaurant des critères de sélection, l'autorité ait et dessein d'éliminer certaines catégories spécifiques de candidats ou d'en favoriser d'autres, ce qui conduirait à une discrimination.⁸³

77 L. RICHER, *L'Europe des marchés publics*, op. cit, p. 244.

78 C.J.C.E., 27 octobre 2005 (Contse SA, Visisol Srl et Oxigen Salud SA c/ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), anciennement Instituto Nacional de a Salud (Insalud)), aff. C-243/03, *Rec.*, p. I-09315, point 79.

79 C.J.C.E., 20 mars 1990 (Du pont de Nemours Italiana SPA c/ Unità Sanitaria locale no 2 di Carrara), aff. C-21/08, *Rec.*, p. I-0088, points 11 à 18.

80 CJUE, 9 mars 2006, Commission/Espagne, C-323/03.

81 Communication de la Commission du 7 février 2008, « L'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) », COM (2008) 6661 final, p. 7.

82 L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, L.G.D.J., 2012, p. 478.

83 T. CAMBIER et K. WAUTERS, « Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative », *C.D.P.K.*, 2012, fasc. 3, pp. 387 à 40; D. MARDRAS et D. TRIANTAFYLLOU, « Criteria for qualitative selection in public procurement: a legal economic analysis », *P.P.L.R.*, 1995, p. 150.

La Cour s'est en effet opposée aux discriminations indirectes dans la fixation des critères de sélection⁸⁴, en admettant « *que l'exigence, parmi les conditions de participation à une procédure d'adjudication de marchés publics de travaux, d'un justificatif d'inscription du concepteur à l'ordre des architectes d'un État membre favorisait nécessairement la prestation des services par les architectes de cet état membre ce qui constitue une discrimination par rapport aux architectes communautaires et partant, une restriction à la libre prestation des services de ceux-ci* ». ⁸⁵

Dans un arrêt de 2016⁸⁶, la Cour a confirmé qu'un état pouvait, dans une réglementation nationale régissant l'octroi de concessions dans le domaine des jeux de hasard (qui n'avait pas été considérée comme étant un marché public), recourir à des exigences de capacités économique et financière à prouver au moyen de déclarations délivrées par au moins deux établissements bancaires, sans permettre que cette capacité puisse être autrement établie.

28. Afin de permettre aux soumissionnaires d'en faire une interprétation similaire, le pouvoir adjudicateur doit spécifier les critères qui baseront son choix à tous les stades de la procédure, préalablement et en temps utile, dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché.⁸⁷ Ce prérequis s'inscrit dans une optique de sécurité juridique et est intrinsèquement lié au principe d'égalité de traitement.⁸⁸ Les critères doivent effectivement s'appliquer de la même façon à tous les soumissionnaires et ne doivent pas laisser de place à des considérations purement subjectives.⁸⁹

Dès lors, afin de mettre les soumissionnaires sur un pied d'égalité tout au long de la procédure, les pouvoirs adjudicateurs devront leur communiquer les critères par le biais d'une publicité adéquate.⁹⁰

Il est également interdit au pouvoir adjudicateur de faire une interprétation divergente des critères au cours de l'évolution de la procédure, ou de les modifier sous peine d'enfreindre le principe de transparence. Les critères, une fois établis par le pouvoir adjudicateur, engagent celui-ci pour le reste de la procédure.⁹¹

84 P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *op. cit.*, p. 437.

85 C.J.C.E. 26 septembre 2000 (Commission des communautés européennes c/ République française), aff. C-225/98, *Rec.*, p. I-07445, point 87.

86 C.J.U.E., 8 septembre 2016 (Domenico Politanò), aff. C-225/15.

87 C.J.C.E., 20 septembre 1988 (Gebroeders Beentjes BV c/ Etat des Pays-Bas), *op. cit.*, point 21 ; C.J.C.E., 25 avril 1996 (Commission des communautés européennes c/ Royaume de Belgique), *op. cit.*, points 54, 88 et 89 ; C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*, point 35.

88 C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG), *op. cit.*, point 61 ; C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*, point 35.

89 P. THIEL et V. DOR, *Le nouveau régime des marchés publics : principales innovations introduites par les lois des 15 et 16 juin 2006*, Waterloo, Kluwer, 2007, p. 159.

90 C.J.C.E., 24 janvier 2008 (Emm. G. Lianakis AE c/ Dimos Alexandroupolis), *op. cit.*, point 40 ; C.J.C.E., 18 octobre 2001 (SIAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo), *op. cit.*, point 34, C.J.C.E., 24 novembre 2005 (ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc c/ ACTV Venezia SpA), aff. C-331/04, *Rec.*, p. I-10109, point 22 ; voy. Article 44, 3 de la Dir 2004/18/CE et 54, 1 et 2, de la Dir 2004/17/CE.

91 Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE, *op. cit.*, p. 182.

Dans l'arrêt Telaustria, la Cour imposa une obligation de transparence lors de la procédure de passation des concessions de service⁹² sans qu'on puisse induire toutefois que l'ensemble des procédures prévues par les directives « marchés publics » devaient être forcément respectées.⁹³ Cependant, les obligations de publicité que la jurisprudence édicta doivent contenir une information nécessaire afin de laisser une appréciation aux soumissionnaires potentiels quant à leur participation à la procédure; de fait, la connaissance des critères d'attribution influence le choix des soumissionnaires de participer ou non à la procédure. Selon la Commission, cette obligation s'impose également aux concessions et aux marchés publics exclus du champ d'application des directives.⁹⁴

Dans l'affaire Commission contre Irlande de 2010, la Cour stipula cependant que le respect du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires n'impliquait pas que l'obligation qu'il impose « *aille jusqu'à exiger que, dans le cadre de marchés non soumis à une disposition telle que l'article 53 de (la directive 2004/18/CE), la pondération relative de critères utilisés par le pouvoir adjudicateur soit préalablement déterminée et annoncée aux soumissionnaires potentiels lorsqu'ils sont invités à présenter leurs offres* ». ⁹⁵

3) La motivation de l'attribution

29. Les décisions par lesquelles les autorités administratives attribuent un contrat public à un opérateur doivent être adéquatement motivées, en application de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs.

Cette motivation doit être claire, complète et précise.⁹⁶

Le Conseil d'état s'est notamment prononcé sur ce point dans le cadre d'un recours introduit par la concessionnaire d'un emplacement sur un marché communal bruxellois.⁹⁷ Dans cette affaire, la Ville de Bruxelles avait décidé de procéder à une nouvelle attribution des divers emplacements du marché, sur base de critères d'attribution peu précis.

Le Conseil d'état a considéré que la décision de la Ville était inadéquatement motivée, dès lors qu'il n'était pas clairement explicité pourquoi la candidature de la requérante avait été rejetée :

92 C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG), *op. cit.*, point 61.

93 Conclusion de l'Avocat Général FENELLY présentées le 8 mai 2000 sur C.J.C.E., 7 décembre 2000 (Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, joined party: AG), *op. cit.*, point 43.

94 Communication de la Commission du 7 février 2008, « L'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI) », COM (2008) 6661 final, p. 7.

95 C.J.C.E., 18 novembre 2010 (Commission européenne c/ Irlande), aff. C-226/09, *Rec.*, p. I-11807, points 29-32, point 43.

96 M. MAERVOET, *La motivation formelle des actes administratifs en marchés publics*, Larcier, 2011, p.72 et s.

97 C.E. arrêt du 27 avril 2015, n° 230.995, STAS.

«*Considérant que, toutefois, ni le cahier des charges, ni les tableaux de sélection, ni les délibérations du collège, ne permettent de comprendre pourquoi tous les emplacements susceptibles d'être attribués par abonnement ne l'ont pas été, ni quel seuil de réussite chiffré ou quelles exigences substantielles les candidats devaient atteindre pour être sélectionnés; que le jury et, à sa suite, le collège semblent avoir opté pour une perspective de comparaison, en retenant un certain nombre, non défini à l'avance, de candidats jugés meilleurs que les autres; que cette comparaison s'opérait au regard de critères imprécis tels que le caractère artisanal, la qualité et l'originalité des produits mis en vente; que, dans ce contexte, l'attribution de points sans aucun commentaire ne permet pas aux candidats évincés de comprendre pourquoi leur candidature a été jugée moins bonne que d'autres, ni au Conseil d'État de vérifier si ces critères ont été appliqués dans le respect du principe l'égalité; qu'en l'espèce, il est reproché à la requérante de se borner à la décoration d'objets, sans que l'on puisse vérifier si certains des candidats sélectionnés ne procèdent pas de même; qu'ainsi, la motivation formelle de la décision attaquée est insuffisante;*»

30. Outre l'obligation de motivation formelle des décisions, la publicité active de l'administration oblige cette dernière à mentionner, sur ses décisions, le fonctionnaire en charge du dossier ainsi que les voies de recours contre cette décision.⁹⁸

La publicité passive donne, quant à elle, aux administrés, un droit d'accès aux documents administratifs. Cet accès peut toutefois, dans certains cas notamment d'atteinte à la confidentialité, être refusé.

4) Les recours

31. Les décisions d'attribution des contrats publics peuvent faire l'objet de recours, suivant les règles ordinaires applicables devant les juridictions compétentes.

Si la réglementation des marchés publics exonère le requérant de démontrer un préjudice grave et difficilement réparable⁹⁹, ceci n'existe pas en ce qui concerne les autres contrats publics.

Le Conseil d'état a ainsi notamment déclaré irrecevable le recours en extrême urgence formé par la SCRL LE PRINCE¹⁰⁰ contre la décision d'octroyer à un tiers une concession domaniale (et/ou de services) d'exploitation d'une place pour les Fêtes de Wallonie. Dès lors que le contrat avait déjà été conclu, le Conseil d'état a constaté que le requérant ne pouvait pas démontrer l'existence d'un préjudice grave et difficilement réparable.

98 Cfr la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration et la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes. Des dispositions normatives similaires existent par ailleurs dans les entités fédérées.

99 Loi du 15 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, article 15.

100 C.E., arrêt du 8 septembre 2011, n°215.018, Le Prince.

Ceci a également été confirmé par le Conseil d'état dans un arrêt récent du 14 février 2017, INTERMEDIANCE¹⁰¹, dans lequel la qualification de concession de services n'a pas été contestée avec succès. Ce faisant, le recours en extrême urgence a été rejeté, faute de démonstration de l'extrême urgence à statuer.

Un tel risque de préjudice grave et difficilement réparable a, par contre, été reconnu dans le cadre d'un arrêt ELECTRASTAR¹⁰², pris suite à la contestation de l'octroi d'une concession domaniale relative à la construction et l'exploitation d'éoliennes off-shore. Dans cette affaire, le Conseil d'état a constaté que si la décision d'attribution de la concession avait déjà été prise, la concession domaniale n'avait pas encore effectivement débuté.

F. L'exécution concurrentielle des contrats publics

32. Les principes de concurrence ont également diverses applications dans le cadre de l'exécution des contrats publics.

33. Ainsi, tout d'abord, le changement d'une donnée contractuelle essentielle doit normalement impliquer la cessation du contrat en cours et le lancement d'un nouvel appel à concurrence. Ainsi, la Cour de justice a considéré, dans un litige relatif à la modification d'un sous-traitant dans le cadre d'une concession de service public, ce qui suit :

« 37 En vue d'assurer la transparence des procédures et l'égalité de traitement des soumissionnaires, des modifications substantielles, apportées aux dispositions essentielles d'un contrat de concession de services, pourraient appeler, dans certaines hypothèses, l'attribution d'un nouveau contrat de concession lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du contrat de concession initial et sont, en conséquence, de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat (voir, par analogie avec les marchés publics, arrêts du 5 octobre 2000, Commission/France, C-337/98, Rec. p. I-8377, points 44 et 46, et du 19 juin 2008, presse-text Nachrichtenagentur, C-454/06, Rec. p. I-4401, point 34).

38 La modification d'un contrat de concession de services en cours de validité peut être considérée comme substantielle lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure d'attribution initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires autres que ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue (voir, par analogie, arrêt presstext Nachrichtenagentur, précité, point 35).

39 Un changement de sous-traitant, même lorsque la possibilité en est prévue dans le contrat, peut, dans des cas exceptionnels, constituer une telle modification

101 C.E., arrêt du 14 février 2017, n°237.379, INTERMEDIANCE.

102 C.E., arrêt du 3 février 2011, n° 210.981, NV ELECTRASTAR.

de l'un des éléments essentiels du contrat de concession lorsque le recours à un sous-traitant plutôt qu'à un autre a été, compte tenu des caractéristiques propres de la prestation en cause, un élément déterminant de la conclusion du contrat, ce qu'il appartient en tout état de cause à la juridiction de renvoi de vérifier.»

34. Par ailleurs, le droit de la concurrence empêche également que des contrats publics soient octroyés à un opérateur pour des durées disproportionnées.

Ainsi, le Tribunal de première instance de Bruxelles a jugé qu'une concession domaniale ne pouvait pas être octroyée sans limite et devait être restreinte à une durée maximale de 50 ans.¹⁰³

Dans un arrêt de 2006, la Cour de justice¹⁰⁴ a, quant à elle, considéré qu'était illégale une concession administrative de 20 ans plus 10 ans, octroyée à un opérateur unique pour l'exploitation d'un service de transport fluvial.

35. Enfin, la reconduction d'un contrat public doit également être mise en œuvre dans le respect de la concurrence.

C'est notamment l'enseignement qui peut être tiré de l'arrêt du Conseil d'état n° 219.116 du 2 mai 2012, BELGACOM.¹⁰⁵ Dans cette affaire, la prolongation de droits accordée par l'intercommunale flamande à l'opérateur TELENET, en fin de contrat, a été jugée contraire aux obligations de transparence et à la concurrence.¹⁰⁶

La Cour de justice l'a expressément consacré en 2016¹⁰⁷ en jugeant que «*l'article 49 TFUE doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation nationale, telle que celle en cause au principal, qui permet une prorogation automatique des concessions sur le domaine public en cours et destinées à l'exercice d'activités touristique-récréatives, dans la mesure où ces concessions présentent un intérêt transfrontalier certain.*»

G. La « forêt » des contrats publics

36. Si l'« arbre » des marchés publics a pu cacher la « forêt » des autres contrats publics en ce qui concerne le respect des obligations d'égalité, transparence et non-discrimination, force est de constater qu'aujourd'hui, il apparaît clairement que tout contrat public est soumis, soit sur base des principes du droit primaire européen, soit sur base des principes de droit administratif belge, aux règles de concurrence.

103 Civ. Bruxelles, 17 septembre 2010, MCPOoO, 2011/4, p.495.

104 C.J.U.E., 9 mars 2006 (Commission/Espagne), C-323/03, *Rec.*, p. I-02161.

105 C.E., 2 mai 2012, *op. cit.*

106 Il faut toutefois souligner un arrêt plus ancien en sens contraire dans le cadre du renouvellement de baux de chasse dont le renouvellement accordé aux précédents locataires n'a pas été remis en question par le Conseil d'état : C.E. arrêt du 4 avril 2005, n° 142.762, HENRY.

107 C.J.U.E., arrêt du 14 juillet 2016 (Promoimpresa Srl / Consorzio dei comuni della Sponda Bresciana del Lago di Garda e del Lago di Idro, Regione Lombardia; Mario Melis e.a. / Comune di Loiri Porto San Paolo, Provincia di Olbia Tempio), aff. C-458/14 et C-67/15.

L'application de ces principes apparaît comme étant particulièrement large puisqu'elle s'applique à tout octroi de droits exclusifs par une entité publique à un opérateur tiers. De plus, la notion d'entité publique semble également pouvoir recevoir une interprétation large et inclure de nombreux organismes majoritairement financés, gérés ou contrôlés par le public, voire même certaines entreprises privées lorsqu'elles usent majoritairement de fonds publics pour une opération.

Les principes de concurrence impliquent essentiellement la mise en œuvre d'une publicité adéquate, préalable aux opérations envisagées par l'autorité publique, ainsi que le traitement transparent et égalitaire des opérateurs qui se présentent comme candidats.

La concurrence implique également que des décisions, adéquatement motivées, soient adoptées par les autorités publiques pour choisir leur cocontractant, étant entendu qu'un recours utile doit être offert aux candidats malheureux pour contester ces décisions.

Alors que jusqu'à présent, seuls les marchés publics (et les concessions de travaux) étaient régies par la voie de directives, le législateur européen a adopté en 2014 une toute nouvelle directive pour appliquer les principes du droit primaire de la concurrence aux concessions de travaux et de services. Cette directive a été transposée dans la loi belge du 17 juin 2016.

Ceci démontre la volonté des législateurs, en particulier européen, à imposer aux entités publiques le respect de la concurrence dans la passation et l'exécution de tous leurs contrats publics.