

Jurisprudence – Droit public et administratif

Cour de justice des Communautés européennes
(grande chambre)

9 juin 2009

Droit européen - Concurrence - Généralités – Marchés publics - Attribution – Accords de coopération entre pouvoirs publics (non).
Observations.

Les accords de coopération ou de collaboration entre entités publiques ne sont pas soumis à l'application de la réglementation des marchés publics à la triple condition qu'ils constituent tant le fondement que le cadre juridique de la construction et de l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service public, qu'ils n'aient été conclus que par des autorités publiques, sans la participation d'une partie privée et qu'ils ne prévoient ni ne préjugent la passation des marchés nécessaires pour la construction et l'exploitation des installations.

(Commission des Communautés européennes / République fédérale d'Allemagne)

1. Par sa requête, la Commission des Communautés européennes demande à la Cour de constater que, au motif que les *Landkreise* (circonscriptions administratives) de Rotenburg (Wümme), de Harburg, de Soltau-Fallingbostal et de Stade ont conclu directement un marché relatif à l'élimination des déchets avec les services de voirie de la ville d'Hambourg sans que ce marché de services ait fait l'objet d'un appel d'offres dans le cadre d'une procédure formelle à l'échelle de la Communauté européenne, la République fédérale d'Allemagne a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu des dispositions combinées de l'article 8 et des titres III à VI de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (*JO L 209*, p. 1).

...

Les faits à l'origine du recours et la procédure précontentieuse

4. Quatre *Landkreise* de Basse-Saxe, à savoir ceux de Rotenburg (Wümme), de Harburg, de Soltau-Fallingbostal et de Stade, ont conclu le 18 décembre 1995 avec les services de voirie de la ville d'Hambourg un contrat relatif à l'élimination de leurs déchets dans la nouvelle installation de valorisation thermique de Rugenberger Damm, d'une capacité de 320.000 tonnes, qui est destinée à produire à la fois de l'électricité et de la chaleur et dont la construction devait être achevée pour le 15 avril 1999.

5. Par ce contrat, les services de voirie de la ville d'Hambourg réservent une capacité de 120.000 tonnes aux quatre *Landkreise* en cause, pour un prix calculé selon la même formule pour les parties pour chacune des parties concernées. Ce prix est payé à l'exploitant de l'installation, cocontractant des services de voirie de la ville d'Hambourg, par l'intermédiaire de ces services de voirie. La durée du contrat est de vingt ans. Les parties sont convenues d'ouvrir des négociations cinq ans au plus tard avant la fin du même contrat pour décider de sa prolongation.

6. Le contrat en cause a été conclu directement entre les quatre *Landkreise* et les services de voirie de la ville d'Hambourg sans que la procédure d'appel d'offres prévue par la directive 92/50 fût suivie.

7. Par une lettre de mise en demeure envoyée le 30 mars 2004, conformément à l'article 226, premier alinéa, CE, la Commission a signalé aux autorités allemandes que, en concluant directement un contrat relatif à l'élimination des déchets sans recourir à la procédure de marché non plus qu'à une adjudication au niveau européen, la République fédérale d'Allemagne avait méconnu les dispositions combinées de l'article 8 et des titres III à VI de la directive 92/50.

8. Par une lettre du 30 juin 2004 adressée à la Commission, la République fédérale d'Allemagne a fait valoir que le contrat en question finalisait un accord sur l'exécution en commun d'une mission de service public qui incombait aux *Landkreise* concernés et à la ville d'Hambourg. Cet Etat membre a expliqué que l'opération de coopération communale en cause, ayant pour objet une activité se déroulant dans la sphère de l'Etat, n'affectait pas le marché et ne relevait donc pas du droit des marchés publics.

9. Considérant, malgré ces explications, que les *Landkreise* concernés constituaient des pouvoirs adjudicateurs publics, que le contrat relatif à l'élimination des déchets était un contrat de services à titre onéreux, conclu par écrit, qui dépassait le seuil fixé pour l'application de la directive 92/50 et que, par conséquent, il relevait du champ d'application de cette directive, la Commission a adressé, le 22 décembre 2004, un avis motivé à la République fédérale d'Allemagne, conformément à l'article 226, premier alinéa, CE.

10. Par une lettre du 25 avril 2005, la République fédérale d'Allemagne a maintenu l'argumentation invoquée précédemment.

11. Considérant que ladite argumentation ne permettait pas de réfuter les griefs formulés dans l'avis motivé, la Commission a décidé, en vertu de l'article 226, deuxième alinéa, CE, d'introduire le présent recours.

Sur le recours ...

Appréciation de la Cour

31. Il convient de rappeler, à titre liminaire, que le recours de la Commission porte sur le seul contrat passé entre les services de voirie de la ville d'Hambourg et quatre *Landkreise* voisins et destiné à assurer la mutualisation du traitement de leurs déchets, et non pas sur le contrat par lequel doivent être fixées les relations entre les services de voirie de la ville d'Hambourg et l'exploitant de l'installation de traitement des déchets de Rugenberger Damm.

32. Selon l'article premier, sous a, de la directive 92/50, les marchés publics de services sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre un prestataire de services et l'un des pouvoirs adjudicateurs énumérés à l'article premier, sous b, de cette directive, au nombre desquels figurent les collectivités territoriales, tels les *Landkreise* en cause dans le présent recours en manquement.

33. Aux termes de l'article premier, sous c, de cette même directive, le cocontractant prestataire de services peut être « *toute personne physique ou morale, y inclus un organisme de droit public* ». Ainsi, la circonstance que le prestataire de services soit une entité publique distincte du bénéficiaire des services ne fait pas obstacle à l'application de la directive 92/50 (voy., en ce sens, arrêt Commission c./ Espagne, précité, point 40, au sujet d'un marché public de fournitures et de travaux).

34. Il ressort toutefois de la jurisprudence de la Cour que l'appel à la concurrence n'est pas obligatoire dans l'hypothèse où 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, à condition que cette entité réalise avec elle ou avec

d'autres collectivités territoriales qui la détiennent l'essentiel de son activité (voy., en ce sens, arrêts précités Teckal, point 50, et Stadt Halle et RPL Lochau, point 49).

35. De même, la Cour a jugé, s'agissant de l'attribution, par une commune, d'une délégation de service public à une société coopérative intercommunale dont l'objet est exclusivement de rendre des services aux communes affiliées, que celle-ci pouvait légalement avoir lieu sans appel à la concurrence, car elle a estimé que, malgré les aspects autonomes de la gestion de cette coopérative par son conseil d'administration, les communes affiliées devaient être regardées comme en exerçant ensemble le contrôle (voy., en ce sens, arrêt du 13 novembre 2008, Coditel Brabant, C-324/07, non encore publié au *Recueil*, point 41).

36. Toutefois, il est constant, en l'espèce, que les quatre *Landkreise* concernés n'exercent aucun contrôle qui pourrait être qualifié d'analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services, que ce soit sur leur cocontractant, à savoir les services de voirie de la ville d'Hambourg, ou encore sur l'exploitant de l'installation thermique de Rugenberger Damm, qui est une société dont le capital est constitué partiellement par des fonds privés.

37. Cependant, il y a lieu de relever que le contrat litigieux instaure 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, à savoir l'élimination de déchets. Il y a lieu de rappeler que cette mission se rattache à la mise en œuvre de la directive 75/442/CEE du Conseil, du 15 juillet 1975, relative aux déchets (*JO L 194*, p. 39), qui oblige les Etats membres à établir des plans de gestion des déchets prévoyant, en particulier, « les mesures appropriées pour encourager la rationalisation de la collecte, du tri et du traitement des déchets », l'une des plus importantes de ces mesures étant, en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la directive 91/156/CEE du Conseil, du 18 mars 1991, modifiant la directive 75/442 (*JO L 78*, p. 32), la recherche d'un traitement des déchets dans une installation la plus proche possible.

38. En outre, il est constant que le contrat passé entre les services de voirie de la ville d'Hambourg et les *Landkreise* concernés doit être analysé comme l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale entre les parties à celui-ci et qu'il comporte des exigences propres à assurer la mission d'élimination des déchets. Il a, en effet, pour objet de permettre à la ville d'Hambourg de construire et de faire exploiter une installation de traitement de déchets dans les conditions économiques les plus favorables grâce aux apports en déchets des *Landkreise* voisins, ce qui permet d'atteindre une capacité de 320.000 tonnes. La construction de cette installation n'a, pour cette raison, été décidée et réalisée qu'après l'accord des quatre *Landkreise* concernés d'utiliser la centrale et leur engagement correspondant.

39. L'objet de ce contrat, tel qu'il est expressément indiqué dans ses premières stipulations, consiste principalement dans l'engagement des services de voirie de la ville d'Hambourg de mettre à la disposition des quatre *Landkreise* concernés, chaque année, une capacité de traitement de 120.000 tonnes de déchets en vue de leur valorisation thermique dans l'installation de Rugenberger Damm. Ainsi qu'il est ensuite précisé dans le contrat, les services de voirie de la ville d'Hambourg n'assument nullement la responsabilité de l'exploitation de cette installation et n'offrent aucune garantie à cet égard. En cas d'arrêt ou de dysfonctionnement de l'installation, leurs obligations se limitent à offrir des capacités de remplacement, cette obligation étant toutefois conditionnée à deux égards. D'une part, l'élimination des déchets de la ville d'Hambourg doit être assurée en priorité et, d'autre part, des capacités doivent être disponibles dans d'autres installations auxquelles les services de voirie de la ville d'Hambourg ont accès.

40. En contrepartie du traitement de leurs déchets dans l'installation de Rugenberger Damm, tel qu'il est décrit au point précédent du présent arrêt, les quatre *Landkreise* concernés versent, aux services de voirie de la ville d'Hambourg, une rémunération annuelle dont le mode de calcul et les modalités de paiement sont déterminés dans le contrat. Les capacités de livraison et de prise en charge des déchets sont arrêtées, pour chaque semaine, entre les services de voirie de la ville d'Hambourg et un interlocuteur désigné par ces *Landkreise*. Il ressort, en outre, du contrat que les services de voirie de la ville d'Hambourg, qui disposent à l'encontre de l'exploitant de ladite installation d'un droit au versement de dommages et intérêts, s'engagent, dans l'hypothèse où lesdits *Landkreise* auraient subi un préjudice, à défendre les intérêts de ces derniers vis-à-vis de l'exploitant, y compris, le cas échéant, par la voie d'un recours en justice.

41. Le contrat en cause prévoit également certains engagements des collectivités locales contractantes directement en rapport avec l'objet du service public. En effet, si la ville d'Hambourg prend en charge la plupart des services faisant l'objet du contrat conclu entre elle et les quatre *Landkreise* concernés, ces derniers mettent à la disposition des services de voirie de la ville d'Hambourg les capacités de mise en décharge qu'elles n'utilisent pas elles-mêmes afin de pallier le manque de capacités de mise en décharge de la ville d'Hambourg. Elles s'engagent également à accepter dans leurs décharges les quantités de scories d'incinération non valorisables en proportion des quantités de déchets qu'elles ont livrées.

42. En outre, aux termes du contrat, les parties contractantes doivent, en cas de nécessité, se prêter assistance dans le cadre de l'exécution de leur obligation légale d'élimination des déchets. Il est notamment prévu que, dans certaines circonstances, comme la surcharge ponctuelle de l'installation concernée, les quatre *Landkreise* concernés s'engagent à réduire la quantité de déchets livrés et acceptent ainsi de restreindre leur droit d'accès à l'usine d'incinération.

43. Enfin, la fourniture de services d'élimination des déchets donne lieu au paiement d'un prix au seul exploitant de l'installation. Il ressort, en revanche, des stipulations du contrat en cause que la coopération que ce dernier instaure entre les services de voirie de la ville d'Hambourg et les quatre *Landkreise* concernés ne donne lieu, entre ces entités, à d'autres mouvements financiers que ceux correspondant au remboursement de la part des charges incombant auxdits *Landkreise*, mais payée à l'exploitant par ces services de voirie.

44. Il apparaît ainsi que le contrat litigieux constitue tant le fondement que le cadre juridique pour la construction et l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service public, à savoir la valorisation thermique des déchets. Ledit contrat n'a été conclu que par des autorités publiques, sans la participation d'une partie privée, et il ne prévoit ni ne préjuge la passation des marchés éventuellement nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'installation de traitement des déchets.

45. Or, la Cour a notamment rappelé qu'une autorité publique peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, sans être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services, et qu'elle peut aussi le faire en collaboration avec d'autres autorités publiques (voy. arrêt Coditel Brabant, précité, points 48 et 49).

46. La Commission a d'ailleurs précisé à l'audience que, si la coopération en cause s'était traduite par la création d'un organisme de droit public que les différentes collectivités concernées auraient chargé d'accomplir la mission d'intérêt général d'élimination des déchets, elle aurait admis que l'utilisation de la centrale par les

Landkreise concernés ne relevait pas de la réglementation relative aux marchés publics. Elle estime cependant que, en l'absence d'un tel organisme de coopération intercommunale, le marché de services conclu entre les services de voirie de la ville d'Hambourg et les *Landkreise* concernés aurait dû faire l'objet d'un appel d'offres.

47. Toutefois, il y a lieu, d'une part, de relever que 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. D'autre part, pareille collaboration entre autorités publiques ne saurait remettre en cause l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les Etats membres dès lors que la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public et que le principe d'égalité de traitement des intéressés visé par la directive 92/50 est garanti, de sorte qu'aucune entreprise privée n'est placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents (voy., en ce sens, arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité, points 50 et 51).

48. Il convient, en outre, de constater qu'il ne ressort d'aucun des éléments du dossier soumis à la Cour que, dans la présente affaire, les collectivités en cause se seraient livrées à un montage destiné à contourner les règles en matière de marchés publics.

49. Au vu de l'ensemble de ces éléments, et sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur les autres moyens de défense présentés par la République fédérale d'Allemagne, il y a lieu de rejeter le recours de la Commission.

...

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) déclare et arrête :

1. Le recours est rejeté ...

Siég. : M. V. Skouris (prés.), MM. P. Jann, C.W.A. Timmermans, K. Lenaerts et J.-C. Bonichot (rapp.), MM. A. Borg Barthet, J. Malenovský, J. Klučka et U. Löhms.
Greffier : M. B. Fülöp.

M.P. : M. J. Mazák.

Plaid. : MM. X. Lewis, B. Schima, M^c C. von Donat, Mme C.M. Wissels, MM. Y. de Vries et J. Heliskoski.

J.L.M.B. 09/740

Observations

Les « contrats de coopération publique » : une nouvelle exception à l'application des marchés publics ?

A. Rétroactes

1. La ville d'Hambourg a conclu, le 18 décembre 1995, un contrat avec quatre circonscriptions administratives voisines, en vertu duquel elle autorisait ces autorités à apporter et faire traiter leurs déchets dans ses futures installations d'incinération. Ce contrat devait prendre cours à partir de la mise en service des installations en projet, pour une durée de 20 ans. Le prix convenu entre les circonscriptions et la ville correspondait au prix dû par la ville d'Hambourg à l'exploitant privé des installations, à désigner par marché public. Par ailleurs, les circonscriptions autorisaient la ville d'Hambourg à déposer certains déchets dans leurs décharges, à tarif convenu.

2. Estimant que ce contrat ne pouvait être valablement conclu qu'au terme d'une procédure de marchés publics, la Commission européenne a saisi la Cour de justice des Communautés européennes.

Landkreise concernés ne relevait pas de la réglementation relative aux marchés publics. Elle estime cependant que, en l'absence d'un tel organisme de coopération intercommunale, le marché de services conclu entre les services de voirie de la ville d'Hambourg et les *Landkreise* concernés aurait dû faire l'objet d'un appel d'offres.

47. Toutefois, il y a lieu, d'une part, de relever que 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. D'autre part, pareille collaboration entre autorités publiques ne saurait remettre en cause l'objectif principal des règles communautaires en matière de marchés publics, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les Etats membres dès lors que la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public et que le principe d'égalité de traitement des intéressés visé par la directive 92/50 est garanti, de sorte qu'aucune entreprise privée n'est placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents (voy., en ce sens, arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, précité, points 50 et 51).

48. Il convient, en outre, de constater qu'il ne ressort d'aucun des éléments du dossier soumis à la Cour que, dans la présente affaire, les collectivités en cause se seraient livrées à un montage destiné à contourner les règles en matière de marchés publics.

49. Au vu de l'ensemble de ces éléments, et sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur les autres moyens de défense présentés par la République fédérale d'Allemagne, il y a lieu de rejeter le recours de la Commission.

...

Par ces motifs, la Cour (grande chambre) déclare et arrête :

1. Le recours est rejeté ...

Siég. : M. V. Skouris (prés.), MM. P. Jann, C.W.A. Timmermans, K. Lenaerts et J.-C. Bonichot (rapp.), MM. A. Borg Barthet, J. Malenovský, J. Klučka et U. Löhmus.
Greffier : M. B. Fülöp.

M.P. : M. J. Mazák.

Plaid. : MM. X. Lewis, B. Schima, M^c C. von Donat, Mme C.M. Wissels, MM. Y. de Vries et J. Heliskoski.

J.L.M.B. 09/740

Observations

Les « contrats de coopération publique » : une nouvelle exception à l'application des marchés publics ?

A. Rétroactes

1. La ville d'Hambourg a conclu, le 18 décembre 1995, un contrat avec quatre circonscriptions administratives voisines, en vertu duquel elle autorisait ces autorités à apporter et faire traiter leurs déchets dans ses futures installations d'incinération. Ce contrat devait prendre cours à partir de la mise en service des installations en projet, pour une durée de 20 ans. Le prix convenu entre les circonscriptions et la ville correspondait au prix dû par la ville d'Hambourg à l'exploitant privé des installations, à désigner par marché public. Par ailleurs, les circonscriptions autorisaient la ville d'Hambourg à déposer certains déchets dans leurs décharges, à tarif convenu.

2. Estimant que ce contrat ne pouvait être valablement conclu qu'au terme d'une procédure de marchés publics, la Commission européenne a saisi la Cour de justice des Communautés européennes.

Dans son avis, l'avocat général a rappelé que, conformément à la jurisprudence antérieure de la Cour¹, un contrat de services onéreux, passé par un pouvoir adjudicateur avec une entité juridiquement distincte², privée ou publique³, est soumis à l'application des directives européennes « marchés publics », qu'il concerne ou non une mission de service public, à moins qu'il n'existe entre les cocontractants une relation *in house*.

Dès lors que le contrat litigieux ne remplissait pas les conditions d'une relation *in house*, l'avocat général a logiquement demandé à la Cour de justice d'accueillir favorablement le recours de la Commission européenne.

B. Décision de la Cour

3. L'arrêt prononcé ce 9 juin 2009 par la Cour de justice des Communautés européennes constitue, sans douter, une décision importante en matière de marchés publics.

4. La Cour rappelle d'abord sa jurisprudence antérieure et le fait que le caractère public de l'entité, auquel un pouvoir adjudicateur fait appel pour l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services, ne fait pas obstacle à l'application des directives « marchés publics »⁴, sauf s'il existe une relation *in house* entre les parties. Cette relation est établie lorsque :

- le pouvoir adjudicateur exerce sur l'entité distincte un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- l'entité distincte réalise l'essentiel de son activité avec la (ou les) autorité(s) publique(s) qui la détienne(nt).

La Cour observe qu'en l'occurrence, comme le soutient la Commission, les circonscriptions de Basse Saxe n'exercent ni à l'égard de la ville d'Hambourg, ni à l'égard du futur exploitant des installations, un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services. Elle considère en effet que, contrairement à ce que plaide l'Allemagne, l'existence d'un contrôle réciproque entre les parties signataires d'un contrat, résultant d'un « *intérêt au maintien d'une telle coopération et, par conséquent, au respect des objectifs définis en commun* », ne suffit pas pour établir une relation *in house*.

5. Bien que les conditions de l'exception *in house* ne sont pas rencontrées, la Cour décide que les directives « marchés publics » ne s'appliquent pas au contrat litigieux, dès lors qu'il est à considérer comme un accord de coopération intercommunale ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune aux parties⁵.

La Cour précise, en effet, que les accords de coopération ou de collaboration entre entités publiques ne sont pas soumis à l'application des marchés publics s'ils :

- constituent tant le fondement que le cadre juridique de la construction et de l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service public ;

1. C.J.C.E., 18 novembre 1999, Teckal, C-107/98, *Rec.* p. I-8121 et C.J.C.E., 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, *Rec.* p. I-1 ; C.J.C.E., 8 avril 2008, Commission c./ Italie, C-337/05, *Rec.*, p. I-2173 ; C.J.C.E., 17 juillet 2008, Commission c./ Italie, C-371/05, *Rec.*, p. I-110.

2. Arrêt Teckal, *op. cit.* ; C.J.C.E., 11 mai 2006, Cabotermo, C-340/04, *Rec.* p. I-4137.

3. C.J.C.E., 13 janvier 2005, Commission c./ Espagne, C-84/03, *Rec.* p. I-139. Il faut, par ailleurs, noter qu'en ce qui concerne les « services », la directive 92/50 prévoit expressément que le « prestataire de services » peut être un organisme public. Cette précision se retrouve également dans la directive 2004/18/CE (article premier, 8°), cette fois non seulement dans la définition des prestataires de services mais également dans celle des entrepreneurs (marché de travaux) et fournisseurs (marché de fournitures).

4. Considérant 34 de l'arrêt commenté et les références aux arrêts Teckal et Stadt Halle, *op. cit.*

5. Considérant 37 de l'arrêt commenté.

– n’ont été conclus que par des autorités publiques, sans la participation d’une partie privée ;

– ne prévoient ni ne préjugent la passation des marchés nécessaires pour la construction et l’exploitation des installations⁶.

Rappelant qu’aucune règle de droit communautaire n’impose aux autorités publiques de recourir à une forme juridique particulière pour assurer leur mission de service public et constatant qu’il « *ne ressort d’aucun des éléments du dossier soumis à la Cour que, dans la présente affaire, les collectivités en cause se seraient livrées à un montage destiné à contourner les règles en matière de marchés publics* »⁷, la Cour de justice rejette donc le recours introduit par la Commission européenne.

C. Commentaire

6. Près de dix ans jour pour jour après l’arrêt Teckal qui fonde l’exception *in house* en droit des marchés publics, la Cour de justice rend une décision qui marque un nouveau tournant dans cette matière.

7. De prime abord, il pourrait être considéré que cet arrêt ne constitue qu’une évolution supplémentaire de la jurisprudence de la Cour.

En effet, la Cour confirme son arrêt Commission c./ Espagne et le fait qu’un Etat ne peut exclure, en règle, l’application des marchés publics aux contrats conclus entre autorités publiques.

Elle rappelle les conditions constitutives d’une relation *in house*, née des arrêts Teckal et Stadt Halle.

Elle redit, se fondant sur l’arrêt Coditel⁸, qu’un pouvoir adjudicateur peut décider d’accomplir des tâches d’intérêt public en collaboration avec d’autres autorités publiques.

Elle maintient que le droit communautaire n’impose pas aux autorités publiques, pour mener à bien leurs missions de services publics, de recourir à une forme juridique particulière, tel un organisme de droit public spécialement créé pour ce faire.

Tout cela n’est pas révolutionnaire et l’intérêt de l’arrêt Commission c./ Allemagne ne réside pas dans la détermination du champ d’application de la relation *in house*, qui reste inchangée.

8. Ce qui, au contraire, apparaît comme une véritable nouveauté dans cet arrêt est que la Cour de justice des Communautés européennes exclut l’application des règles de marchés publics, alors même qu’elle a rejeté l’existence d’une relation *in house* entre les parties au contrat litigieux.

Ainsi, alors qu’un contrat est noué entre des autorités publiques autonomes sans contrôle analogue réciproque, la Cour de justice décide que son attribution par marché public n’est pas requise, parce qu’il s’agit d’un contrat de coopération intercommunale, strictement public, visant l’accomplissement d’un service public commun, qui ne préjuge en rien de la passation des éventuels marchés publics à entreprendre pour la réalisation de ce service.

De ce constat, trois lectures de l’arrêt sont possibles :

- soit, la Cour opère un revirement de jurisprudence et modifie les conditions d’application de la relation *in house* ;

6. Considérant 44 de l’arrêt commenté.

7. Considérants 47 et 48 de l’arrêt commenté.

8. C.J.C.E., 13 novembre 2008, Coditel, C-324/07.

- soit, la Cour fait une nouvelle application de dispositions de droit européen, déjà existantes, qui permettent de déroger aux marchés publics ;
- soit, la Cour créée, parallèlement à sa théorie de la relation *in house*, une nouvelle exception jurisprudentielle à l'application des marchés publics⁹.

9. Si la Cour exclut l'application des marchés publics aux relations *in house*, c'est parce qu'elle considère qu'il n'y a pas présence d'un « contrat » entre deux entités autonomes, comme le requiert notamment l'article 1.a de la directive 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services. Dans l'arrêt annoté, la Cour a confirmé que la première condition d'une relation *in house*, concernant le contrôle analogue, n'était pas rencontrée.

L'arrêt *Commission c./ Allemagne* ne peut donc être considéré comme une évolution de cette théorie jurisprudentielle.

Le contenu de l'arrêt démontre d'ailleurs que la Cour n'abandonne pas sa théorie puisqu'elle en rappelle expressément le champ d'application au considérant 34 et ne laisse pas entendre que cette exception ne serait plus d'actualité.

10. Devrait-on alors considérer que l'arrêt ne crée pas de nouvelle exception aux marchés publics et n'est qu'une application de principes existants du Traité ou des directives ?

A la lecture de l'arrêt et particulièrement de ses considérants 38 à 43, des similitudes apparaissent entre le contrat litigieux et le mécanisme de « centrale d'achat », dont la définition a été légalement consacrée à l'article premier.10 de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Ne pourrait-il pas être considéré que le contrat de coopération passé entre les circonscriptions et la ville d'Hambourg a pour objet essentiel de permettre à cette dernière de lancer, tant pour compte des circonscriptions, en qualité de centrale d'achat, que pour son compte, un marché public de construction et d'exploitation d'un incinérateur ?

Or, l'on sait que « *les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article premier, paragraphe 10, sont considérés comme ayant respecté la présente directive, pour autant que cette centrale d'achat l'ait respectée* ». ¹⁰ Ceci permettrait de justifier le raisonnement de la Cour.

Deux éléments, expressément relevés par la Cour de justice dans l'arrêt annoté, nous amènent toutefois à conclure que le contrat de coopération passé entre les parties ne peut être assimilé à une simple désignation de centrale d'achat, qui échapperait de ce fait aux marchés publics.

– Premièrement, l'élément de coopération entre les parties au contrat est essentiel dans le raisonnement de la Cour. Une partie conséquente de l'arrêt est consacrée à l'examen de la réciprocité des obligations des parties au contrat. Si la ville d'Hambourg offre aux circonscriptions une capacité de traitement pour leurs déchets au sein de l'incinérateur qu'elle va construire, la Cour semble accorder beaucoup d'importance

9. Il est également fait exception à l'application des marchés publics en présence de contrats publics de délégation de pouvoirs, impliquant transfert de l'autorité publique. L'exception est justifiée par l'absence de services prestés entre les autorités publiques contractantes. Pour plus d'informations : D. D'HOOGHE, *De gunning van overheidsopdrachten*, 2009, Die Keure, p.187, n°286 et suivants, ainsi que les références citées.

10. Article 11.2 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services. L'article 15 de la loi belge du 15 juin 2006 (relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, *M.B.* du 15 février 2007) va plus loin puisqu'il « dispense » expressément les pouvoirs adjudicateurs de recourir aux marchés publics pour désigner leurs centrales.

au fait que, de leur côté, les tonnages apportés par les circonscriptions administratives sont nécessaires à la faisabilité économique du projet de la ville d'Hambourg. De plus, la Cour relève que les circonscriptions octroient, outre le paiement du prix d'incinération de leurs déchets, des capacités de mise en décharge à la ville d'Hambourg. Cette réciprocité des engagements n'est pas une condition nécessaire d'un contrat de centrale d'achat.

Il ne pourrait pas non plus être considéré que le contrat litigieux consiste en l'addition de deux contrats de centrale d'achat réciproques. Si rien ne nous semble s'opposer éventuellement à ce que des autorités publiques se désignent mutuellement « centrales d'achat », il s'avère qu'en l'occurrence les circonscriptions administratives ne s'engagent pas à acquérir des services ou à passer un marché de services pour compte d'Hambourg : elles lui fournissent simplement leurs propres capacités personnelles de stockage de déchets.

– Deuxièmement, le contrat de désignation d'une centrale d'achat ne requiert, contrairement aux conditions fixées par la Cour dans l'arrêt commenté, pas nécessairement que ses parties contractantes soient exclusivement publiques et que l'objet des travaux, fournitures ou services à acheter servent à l'accomplissement d'une mission de service public. En effet, si la directive 2004/18/CE prescrit qu'une centrale d'achats revêt la qualité de pouvoir adjudicateur, ce dernier peut ne pas être une entité totalement publique. Ainsi, un pouvoir adjudicateur, partiellement détenu par des capitaux privés, peut recourir à une centrale d'achat ou intervenir lui-même comme centrale d'achat¹¹. Par ailleurs, le recours à une centrale d'achat peut également avoir lieu pour procéder à des commandes liées aux activités commerciales d'un pouvoir adjudicateur.

Dans ces circonstances, il ne peut être considéré que l'arrêt rendu par la Cour est motivé sur l'assimilation du contrat litigieux à un contrat de centrale d'achat.

11. Il est également permis de se demander si l'article 86, paragraphe 2, du Traité instituant la Communauté européenne et l'article 6 de la directive 92/50/CEE¹² ne pourraient être invoqués pour justifier l'arrêt annoté.

En effet, la Cour accorde une importance particulière au fait que le contrat instaure entre les entités contractantes une coopération pour assurer la mise en œuvre d'une mission de service public. Elle insiste également beaucoup sur le fait que ce contrat « ne prévoit ni ne préjuge la passation des marchés éventuellement nécessaires pour la construction et l'exploitation de l'installation de traitement des déchets » et qu'il garantit le « principe d'égalité de traitement des intéressés (...) de sorte qu'aucune entreprise privée n'est placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents »¹³.

A l'analyse, il nous paraît que l'arrêt annoté ne constitue toutefois pas une application de l'article 86, paragraphe 2, du Traité en matière de marchés publics.

Si certains motifs de l'arrêt évoquent la question¹⁴, la Cour n'a pas examiné avec précision si la conclusion du contrat litigieux sans appel à la concurrence constituait

11. P. THIEL, *Mémento des marchés publics*, 2009, Kluwer, p.167.

12. Remplacé par l'article 18 de la directive 2004/18/CE.

13. Considérant 47 de l'arrêt commenté.

14. La Cour évoque en effet le fait que le contrat de coopération litigieux semble être nécessaire au bon accomplissement de la mission de service public des entités concernées. L'arrêt dit ainsi que le contrat « comporte des exigences propres à assurer la mission d'élimination des déchets » (considérant 38) ou encore qu'« il constitue le fondement (...) pour la construction et l'exploitation futures d'une installation destinée à l'accomplissement d'un service public » (considérant 44) et enfin que « la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ».

la seule manière d'accomplir la mission de services publics en cause. Au contraire, la Cour a relevé que le contrat permettait à la ville d'Hambourg de lancer le marché de la construction et de l'exploitation de son futur incinérateur dans les conditions économiques les plus favorables pour elle. Ce constat s'écarte de loin des exigences posées par sa jurisprudence antérieure relative à l'article 86, paragraphe 2, du Traité¹⁵.

Dans son avis¹⁶, l'avocat général a d'ailleurs expressément considéré que les conditions de l'article 86, paragraphe 2, n'étaient pas réunies, sans avoir été déjugé par la Cour sur ce point.

12. Dans ces circonstances, seule la troisième voie de lecture de l'arrêt est concevable : par cet arrêt *Commission c./ Allemagne*, la Cour de justice des Communautés européennes crée une nouvelle exception à l'application des marchés publics, que nous qualifierons d'« exception de coopération publique ».

C'est donc à tort que tant la Commission européenne¹⁷, que l'avocat général¹⁸, ont déduit de l'arrêt *Commission c./ Espagne* que la seule exception à l'application des marchés publics aux contrats conclus entre deux ou plusieurs autorités publiques résulte de l'existence d'une relation *in house*. L'arrêt *Commission c./ Allemagne* consacre, en effet, un nouveau cas d'exception et il ne peut d'ailleurs être exclu que d'autres exceptions soient encore identifiées, à l'avenir.

Si la Cour a précisément déterminé les conditions d'existence d'une relation *in house* dans sa jurisprudence antérieure, force est de constater que l'arrêt *Commission c./ Allemagne* est nettement moins clair en ce qui concerne les critères de cette nouvelle exception.

A la lecture de l'arrêt, nous estimons que cette nouvelle exception est fondée sur les cinq conditions cumulatives suivantes :

1. un contrat de coopération ;
2. entre entités exclusivement publiques ;
3. visant à assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui leur est commune ;
4. ne générant aucune violation de l'égalité de traitement ou de distorsion de concurrence à l'égard des entreprises privées ;
5. n'ayant pas pour objet de contourner les règles en matière de marchés publics.

13. Suivant l'arrêt annoté, il n'y peut ainsi y avoir exception aux marchés publics que si, premièrement, le contrat conclu instaure une véritable coopération entre autorités publiques.

Cette coopération implique l'existence d'obligations réciproques dans le chef des entités publiques en cause. Chaque entité doit donc offrir à l'autre des engagements, autres que strictement financiers, en rapport avec l'objet du service public concerné. Il faut donc que les entités contractantes témoignent d'un intérêt commun à l'accomplissement de leur mission de service public, qui peut être rapproché de la notion d'*affectio societatis* implicitement constatée dans l'arrêt *Coditel*.

15. C.J.C.E., 19 février 1993, *Corbeau*, C-320/91, Jur. I, p. 2563, considérant 16 : « En conséquence, il s'agit d'examiner dans quelle mesure une restriction à la concurrence, voire l'exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, est nécessaire pour permettre au titulaire du droit exclusif d'accomplir sa mission d'intérêt général, et en particulier de bénéficier de conditions économiquement acceptables ».

16. Considérants 57 à 63 de l'avis de l'avocat général.

17. Considérant 19 de l'arrêt commenté.

18. Considérants 29 à 31 de l'avis de l'avocat général.

Il n'est pas exigé par la Cour que les engagements des parties soient équivalents. En l'occurrence, la Cour a même constaté que « la ville d'Hambourg prend en charge la plupart des services faisant l'objet du contrat conclu »¹⁹.

Il ne semble pas non plus pouvoir être déduit de l'arrêt que la Cour exigerait de chacune des entités en cause qu'elles offrent leurs services (ou les services d'un sous-traitant) aux autres. Ainsi, si les circonscriptions offrent à la ville d'Hambourg des capacités de traitement dans leurs décharges, cela ne semble pas constituer, aux yeux de la Cour, un élément déterminant de la coopération. Il nous semble que la Cour accorde bien plus d'importance à la collaboration entre entités qui découle de la seule utilisation commune des capacités de l'incinérateur de Hambourg. Pour la Cour, il y a déjà coopération entre les parties en ce que l'accord permet, d'une part, aux circonscriptions administratives de traiter leurs déchets propres dans l'incinérateur d'Hambourg et que, d'autre part, il permet à Hambourg, grâce aux quantités apportées par les circonscriptions, de construire et d'exploiter l'incinérateur nécessaire au traitement de ses propres déchets dans des conditions financières économiques favorables.

14. La deuxième exigence que la Cour pose est que le contrat litigieux soit passé entre des entités strictement publiques. Une telle coopération ne peut donc être conclue avec une entreprise privée, ou une société d'économie mixte. Il peut à cet égard être établi une analogie avec la jurisprudence Stadt Halle en matière de relation *in house*.

Bien que l'arrêt concerne un cas de coopération intercommunale, l'exception de « coopération publique » ne nous semble pas limitée aux seules collaborations des autorités locales. Toute coopération entre autorités publiques, qu'elles soient de niveau national, régional ou local doit pouvoir bénéficier de l'exception.

15. La troisième caractéristique de ce type de contrat est qu'il vise à assurer l'exécution d'une mission de service public commune aux parties contractantes.

Dans le cas litigieux, il faut souligner que l'accomplissement du service public concerné, à savoir le traitement des déchets, vise la mise en œuvre d'une directive européenne²⁰, sans que cela ne nous paraisse être une exigence.

Il faut à cet égard rappeler que, suivant les règles communément admises en droit européen²¹, les Etats membres sont libres de donner à telle ou telle mission la qualité de « services publics ». Sous réserve du contrôle de l'erreur manifeste par la Commission européenne et la Cour de justice²², de très nombreuses activités publiques pourraient ainsi être qualifiées de « services publics » par les collectivités publiques des Etats membres et donner une large portée à l'exception instaurée par l'arrêt.

Dans l'affaire examinée par la Cour, la collaboration des collectivités territoriales allemandes facilite l'accomplissement d'une seule activité de service public, commune, à savoir le traitement des déchets. Nous n'estimons pas que l'appréciation de la Cour devrait être différente dans l'hypothèse où l'accord de coopération des entités publiques leur permet de poursuivre plusieurs missions communes de services publics.

16. Le quatrième critère constitutif de l'exception de « coopération publique » est probablement le plus difficile à appréhender. Selon la Cour, l'accord de coopération doit ne préjuger en rien de la passation des marchés publics éventuellement nécessaires

19. Considérant 41 de l'arrêt commenté.

20. Directive 75/442/CEE du 15 juillet 1975 relative aux déchets.

21. Voy. notamment Commission européenne, 12 mai 2004, Livre blanc sur les services d'intérêt général COM(2004) 374 final, annexe 1, définitions terminologiques.

22. Voy. notamment T.P.I., 12 février 2008, BUPA, T-289/03.

pour sa mise en œuvre et garantir l'égalité de traitement des intéressés de sorte qu'aucune entreprise privée ne soit placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.

Nous pensons que ce critère implique nécessairement que l'accord de coopération public soit conclu avant le lancement des éventuels marchés publics utiles à la réalisation du service public concerné. En effet, si l'accord est préalable à une mise en concurrence, tous les soumissionnaires seront informés et traités de manière égalitaire.

A l'inverse, si dans le cas d'espèce, la ville d'Hambourg n'avait conclu le contrat de coopération publique avec les circonscriptions qu'après avoir désigné, par marché public, l'exploitant de l'incinérateur, les règles de concurrence pourraient avoir été violées. D'une part, l'exploitant privé de l'incinérateur aurait pu être privilégié, au détriment de ses concurrents, par l'apport de nouveaux tonnages de déchets à traiter, sans mise en concurrence. D'autre part, d'autres entreprises actives dans le traitement des déchets se seraient vues empêchées d'offrir aux circonscriptions locales leurs services d'incinération.

Si, comme la Cour, nous constatons effectivement que le contrat de coopération litigieux n'a pas mis en péril la concurrence entre les soumissionnaires intéressés par la construction et l'exploitation de l'incinérateur d'Hambourg, nous sommes plus réservés en ce qui concerne les engagements souscrits par les quatre circonscriptions elles-mêmes. Ne faut-il pas considérer qu'en proposant à la ville d'Hambourg des capacités de mise en décharge pour ses déchets, sans mise en concurrence, les quatre circonscriptions ont été privilégiées par rapport aux autres gestionnaires de centres d'enfouissement ?²³

Ne doit-on pas considérer qu'il n'y a de respect de la concurrence que pour autant que les deux entités publiques sous-traitent les engagements qu'ils prennent à l'égard de leur cocontractant ? A défaut de sous-traitance, ne doit-on pas déduire que ces pouvoirs publics interviennent comme de véritables prestataires de services et sont privilégiés par rapport à leurs éventuels concurrents ?²⁴

Un autre indice de l'absence de violation de l'égalité entre entreprises, moins convaincant toutefois²⁵, pourrait également ressortir du caractère non rémunéré des engagements pris de part et d'autre. L'arrêt confirme ainsi que les capacités de traitement offertes par la ville d'Hambourg aux quatre circonscriptions administratives leur sont facturées au même prix que celui réclamé par l'exploitant privé de l'incinérateur, sans marge bénéficiaire. Ce faisant, les autorités publiques n'interviennent pas comme des « prestataires de services » mais plutôt comme des gestionnaires de services publics et chacune d'elles supportent, en proportion, « *la part des charges qui leur incombe* »²⁶.

Par ailleurs, toujours en ce qui concerne le respect de la concurrence, remarquons que la Cour ne remet aucunement en cause la durée, particulièrement longue, de l'accord de coopération conclu par la ville d'Hambourg et les circonscriptions voisines. Cette durée de 20 ans, n'est-elle pas en soi un obstacle à la concurrence, dans la mesure où elle ne permet aucune réévaluation intermédiaire de la situation ?

23. Ce qui rejoint l'avis de l'avocat général.

24. Ne perdons pas de vue non plus la possibilité pour une autorité publique de prêter des « services » pour compte d'une autre, sur la base de compétences qui lui ont été conférées par la loi. Dans ce cas, il n'y a pas de marchés publics : C.J.C.E., 18 décembre 2007, C-532/03, Commission c./ Irlande.

25. En effet, les services de mise en décharge offerts par les circonscriptions à la ville sont, quant à eux, facturés à « tarif convenu ». Si l'arrêt ne dit pas que ce « tarif » inclut une marge bénéficiaire pour les circonscriptions, elle ne peut être exclue. Par ailleurs, l'absence de paiement d'un prix entre parties contractantes n'empêche pas, selon une jurisprudence constante de la Cour, de qualifier le contrat d'« onéreux ». La Commission partageait d'ailleurs cette analyse dans son recours, comme le signale le considérant 9 de l'arrêt.

26. Considérant 43 de l'arrêt commenté.

17. Le cinquième et dernier critère d'appréciation de la Cour est lié au quatrième : il convient de s'assurer que le partenariat conclu entre entités publiques n'est pas destiné à contourner les règles de marchés publics.

Alors que le quatrième critère revient à vérifier si l'accord n'a, en pratique, pas pour conséquence de violer la concurrence, la cinquième condition consiste à vérifier que les parties n'avaient pas, à la conclusion du contrat, l'intention d'éviter les règles de concurrence. Il s'agit donc de vérifier l'intention des parties, appréciation éminemment subjective.

Cette condition, expressément retenue par la Cour dans l'arrêt commenté, nous semble toutefois être implicitement inhérente à toute analyse de l'application des règles de marchés publics, sans être spécifique à l'exception de coopération publique.

18. Dès lors que les cinq conditions détaillées ci-dessus sont rencontrées, la conclusion du contrat de coopération publique n'est pas soumise aux directives « marchés publics ».

L'absence d'application des directives ne doit toutefois pas faire oublier que les pouvoirs publics restent astreints au respect des principes généraux du Traité instituant la Communauté européenne, à savoir l'égalité de traitement, la non-discrimination et la transparence^{27 28}.

Il semble, toutefois, ressortir du considérant 47 de l'arrêt commenté que le respect de ces principes, notamment d'égalité de traitement, est présumé par la Cour ne pouvoir être remis en cause par « *pareille collaboration entre autorités publiques* »²⁹.

D. Et maintenant ?

L'arrêt annoté constitue un arrêt de référence en matière de marchés public et ouvre de nouvelles perspectives intéressantes.

Après avoir autorisé la conclusion de certains partenariats public-public institutionnels sans recours aux marchés publics³⁰, la Cour accepte désormais que certains partenariats public-public contractuels y échappent également, dès lors qu'ils favorisent l'accomplissement de services publics et ne mettent pas en péril l'égalité de traitement entre les entreprises.

Nul doute que cette nouvelle « exception de coopération publique » sera accueillie favorablement par les pouvoirs publics des Etats membres, notamment au niveau local, qui voient ainsi disparaître un obstacle juridique important à de nombreuses initiatives.

Eu égard à la définition particulièrement large des notions de « coopération », d'« autorités publiques » et de « services publics », de nombreux contrats de coopération publique pourraient voir le jour et échapper à l'application des marchés publics.

27. A-L DURVIAUX et N. THIRION, " Les modes de gestion des services publics locaux, la réglementation relative aux marchés publics et le droit communautaire ", *J.T.*, 2004, p.17 et suivantes, points 14 à 19 et points 28 à 36 ; C.J.C.E., 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, AJDA*, 2001, p.106 ; C.J.C.E., 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, *Rec. I*, p.7287 ; C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH*, C-458/03, *Rec. p. I-8583*, n° 62 ; C.J.C.E., 20 octobre 2005, C-264/03, *Commission c./ France*, *Rec. p. I-8831*, n° 32 et 33.

28. En ce qui concerne les relations *in house*, l'application secondaire des principes du Traité ne doit pas être vérifiée puisque, par hypothèse, il est présumé qu'il n'y a pas conclusion d'un contrat entre personnes juridiques autonomes.

29. La Cour motive son raisonnement parce que « la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ». La motivation de l'exception d'*in house* repose sur la même justification (arrêt *Teckal*, considérant 50).

30. Arrêt *Coditel*.

L'arrêt permettra certainement de donner un nouveau dynamisme à la coopération entre les pouvoirs publics³¹. Il pourrait également, même si des balises ont été posées par la Cour, avoir des conséquences négatives pour certains acteurs privés du marché.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt Commission c./ Allemagne devrait générer de nombreux débats juridiques intéressants, notamment quant à la définition des « contrats de coopération publique », que la Cour de justice des Communautés européennes sera immanquablement appelée à trancher.

GAUTHIER ERVYN
Avocat au barreau de Bruxelles.

Cour constitutionnelle

24 juillet 2009

Cour constitutionnelle - Compétence – Lois, décrets et arrêtés – Motion – Motion relative à un conflit d'intérêts (non).

Observations.

La Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour connaître de recours dirigés contre des motions relatives à un conflit d'intérêts.

(ASBL Nieuw-Vlaamse Alliantie et autres)

N° 131/2009

I. Objet du recours et procédure

Par requête adressée à la Cour par lettre recommandée à la poste le 6 mai 2009 et parvenue au greffe le 7 mai 2009, un recours en annulation de la motion du parlement wallon du 14 janvier 2009 « relative à un conflit d'intérêts suite à l'examen des propositions de loi modifiant les lois électorales en vue de scinder la circonscription électorale de Bruxelles-Hal-Vilvorde par la Chambre des représentants » a été introduit par l'ASBL « Nieuw-Vlaamse Alliantie » et autres.

Le 14 mai 2009, en application de l'article 71, alinéa premier, de la loi spéciale du 6 janvier 1989, les juges-rapporteurs E. Derycke et R. Henneuse ont informé le président qu'ils pourraient être amenés à proposer à la Cour, siégeant en chambre restreinte, de rendre un arrêt constatant que le recours en annulation ne relève manifestement pas de la compétence de la Cour.

Les parties requérantes ont introduit un mémoire justificatif.

...

II. En droit

– A –

A.1. Dans leur mémoire justificatif, les parties requérantes relèvent que les conclusions des juges-rapporteurs sont fondées sur la considération selon laquelle la motion attaquée ne serait pas une norme à caractère législatif, de sorte que la Cour ne serait manifestement pas compétente pour connaître du recours.

31. Et de réduire l'effet de « privatisation forcée » des missions de services publics dénoncée par maître DURVIAUX (*J.T.*, 7 mars 2009, obs. sous C.J.C.E., Coditel, C-324/07, 13 novembre 2008, p.178) ou par D. D'HOOGHE, « *De gunning van overheidsopdrachten* », 2009, *Die Keure*, p. 187, n° 283.