



Partenariats public-privé

Cours du 2 février 2017



Présentation générale

Informations utiles

Cédric HALIN – professeur invité
Auditeur à la Cour des comptes

cedric.halin@he-ferrer.eu

0499 40 16 67



Présentation générale

Informations utiles

Examen écrit en deux parties :

- partie théorique sans document
- partie pratique avec législation (que vous devez prendre avec vous !)



Présentation générale

www.comptabilite-publique.be

→ PPP



Présentation générale

Cours en 3 parties :

1. Marchés publics
2. Subventions
3. PPP



Chapitre 1 : les marchés publics



Plan du Chapitre

- I. LE CADRE NORMATIF DE LA COMMANDE PUBLIQUE
- II. LE CHAMP D'APPLICATION DE LA RÉGLEMENTATION
- III. L'ATTRIBUTION DES MARCHÉS PUBLICS



I.1. Le droit européen

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, considérant (1) :

- « La passation de marchés publics par les autorités des Etats membres ou en leur nom doit être conforme **aux principes du traité** sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme l'Egalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, **des dispositions devraient être élaborées** pour coordonner les procédures nationales de passation de marchés afin de garantir que ces principes soient respectés en pratique et que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence ».

(Idem que le considérant (2) de la directive 2004/18/CE)



I.1.1. Le droit européen primaire

« La passation de marchés publics par les autorités des États membres ou en leur nom doit être conforme aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, notamment **la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services**, ainsi qu'aux principes qui en découlent comme **l'Égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence [...]** ».

→ la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services

→ l'Égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence



I.1.1.2. Les directives européennes

« [...] Toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, **des dispositions devraient être élaborées** pour coordonner les procédures nationales de passation de marchés afin de garantir que ces principes soient respectés en pratique et que la passation des marchés publics soit ouverte à la concurrence ».

→ Des directives européennes régissent les marchés des États membres, au-delà de certains seuils

→ Ces directives doivent être transposées en droit interne



I.1.1.2. Les directives européennes

→ Les directives « matérielles » : secteurs classiques / secteurs spéciaux

Directive du 31 mars 2004 n° **2004/18/CE** du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (actuellement transposée) et 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 (à transposer)

Directive du 31 mars 2004 n° **2004/17/CE** du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (actuellement transposée) et Directive **2014/25/UE** 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 (à transposer)



I.1.1.2. Les directives européennes

→ Les directives « matérielles » : contrats de concessions (NOUVEAUTÉ)

DIRECTIVE 2014/23/UE Du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession



I.1.1.2. Les directives européennes

→ Les directives « recours »

Directive 89/665/CEE du 21 décembre 1989 du Conseil portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, telle que modifiée par la directive 2007/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2007 modifiant les directives 89/665/CEE et 92/13/CEE du Conseil en ce qui concerne l'amélioration de l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics



I.1.1.2. Les directives européennes

→ Les « marchés de défense et de sécurité » :

Directive 2009/81/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité, et modifiant les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE



1.2. Le droit interne

2.1. La répartition des compétences dans l'Etat fédéral

Loi spéciale du 08 août 1980 de réformes institutionnelles, art. 6, § 1er, VI, al. 3, 1°

- Le législateur fédéral est compétent pour fixer le **cadre normatif général**
- Les régions peuvent **compléter** le cadre normatif fédéral
- Les régions peuvent **déroger** de manière marginale à ce cadre normatif fédéral
- Les Régions sont seules à pouvoir adopter des **mesures individuelles**



1.2.2. Les principales dispositions législatives

P.M. Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services : n'est plus applicables aux marchés publiés depuis le 1er juillet 2013.

Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services : en vigueur et applicable aux marchés publiés depuis le 1er juillet 2013

La loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité

Loi du 17 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



I.2.3. Les principaux arrêtés royaux

Les arrêtés d'exécution de la loi du 15 juin 2006 (en vigueur pour les marchés publiés à partir du 1er juillet 2013) :

- **L'arrêté royal du 15 juillet 2011** relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques
- **L'arrêté royal du 16 juillet 2012** relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux
- **L'arrêté royal du 14 janvier 2013** établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics



I.2.3. Les principaux arrêtés royaux

→ Les arrêtés d'exécutions de la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité



I.3. Le droit international (O.M.C.)

Accord sur les marchés publics (A.M.P.) signé à Marrakech, approuvé par la loi du 23 décembre 1994



I.4. Hiérarchie et subsidiarité

- La **loi** définit les notions essentielles, énonce les principes applicables et fixe les bases des procédures d'attribution
- Les **arrêtés royaux** (secteurs classiques/spéciaux) règlent les procédures d'attribution dans le détail
- L'on a recours aux **directives européennes** (et à leur interprétation par la C.J.U.E.) pour :
 - Interpréter les notions autonomes du droit européen
 - Suppléer les carences de la transposition en droit interne
- Les principes et dispositions du traité (et leur interprétation par la C.J.U.E.) sont mis en œuvre :
 - Lorsque l'opération ne rentre pas strictement dans le champ d'application des directives
 - Pour interpréter – extensivement - les directives (et par voie de conséquence la loi et les arrêtés)



II. Le Champ d'application de la réglementation

DIRECTIVE 2004/18/CE, article 1er, 2. a)

« Les «marchés publics» sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive »

+/- Idem DIRECTIVE 2004/17/CE ; DIRECTIVE 2014/24/UE ; DIRECTIVE 2014/24/UE

LOI du 15 juin 2006, art. 3, 1° :

« Pour l'application de la présente loi, on entend par : 1° marché public : **le contrat à titre onéreux** conclu entre un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services **et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services** »

Idem Loi 13 août 2011 (défense et sécurité)



II. Le Champ d'application de la réglementation

1. ***Ratione personae*** : pouvoir adjudicateur ?
2. ***Ratione materiae*** : marché public ?



II.1. Ratione personae

Introduction

- *« pouvoir adjudicateur » ≠ « personne morale de droit public »*
 - *« pouvoir adjudicateur » ≠ « autorité administrative »*
 - *« pouvoir adjudicateur » = notion autonome issue du droit européen*
- *critères (fonctionnels) propres au droit des marchés public*
- *importance de la jurisprudence de la C.J.U.E.*



II.1. Ratione personae

Section 1ère – Les secteurs classiques

Directive 2004/18 - art. 1er, 9

« Sont considérés comme «pouvoirs adjudicateurs»: l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

Par «organisme de droit public», on entend [...] »

+/- Idem Directive 2014/24

→ Loi du 15 juin 2006, art. 12 (=> art. 2, 1^o) et art. 13 (+ A.R. 15.07.2011, art. 4, § 2)



II.1. Ratione personae

Section 1ère – Les secteurs classiques

Loi du 15 juin 2006, art. 2, 1° :

« Pour l'application de la présente loi, on entend par :

1° Pouvoir adjudicateur

- a) l'Etat ;
- b) les collectivités territoriales ;
- c) les organismes de droit public ;
- d) les personnes, quelles que soient leur forme et leur nature, qui à la date de la décision de lancer un marché :
[...]
- e) les associations formées par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs visés au 1°, a, b, c ou d »



II.1. Ratione personae

a) l'État et b) les collectivités territoriales

- l'État fédéral
 - les entités fédérées
 - les provinces, les communes, les districts, les agglomérations et fédérations de communes
 - les polders et wateringues
- quel que soit l'objectif poursuivi (C.J.U.E., arrêt du 18 novembre 2004, Commission / Allemagne, C- 126/03)
- dans chacune de leurs composantes (PL, PE, PJ, ...)



II.1. Ratione personae

c) **les organismes de droit public** (notion belge)

Travaux préparatoires de la loi : « La notion d'organisme de droit public recouvre notamment, éventuellement sous une autre dénomination, les établissements d'intérêt public, les centres publics d'aide sociale, les fabriques d'églises et les organismes chargés de la gestion du temporel des cultes reconnus, les zones de police pluricommunales, les régies communales autonomes, les sociétés de développement régional, les comités de remembrement des biens ruraux »

(→ personnes morales de droit public créées
(unilatéralement?) par des collectivités politiques)



II.1. Ratione personae

d) les «personnes qui...» (notion européenne d' « organismes de droit public »)

« les personnes, quelles que soient leur forme et leur nature, qui à la date de la décision de lancer un marché :

- ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, **et**
- sont dotées d'une personnalité juridique, **et** dont
 - **soit** l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au 1°, a, b ou c ;
 - **soit** la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes;
 - **soit** plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes »



II.1. Ratione personae

d) les «personnes qui...» (notion européenne d' « organismes de droit public »)

→ Trois conditions (cumulatives)

- Première condition : la personnalité juridique
- Deuxième condition : satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial
- Troisième condition : le contrôle (financier ou de gestion ou organique) par d'autres pouvoirs adjudicateurs



II.1. Ratione personae

d) les «personnes qui...»

Première condition : la **personnalité** juridique

→ personnes morales de droit public ou de droit privé



II.1. Ratione personae

d) les «personnes qui...»

Deuxième condition : satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

→ **Faisceau d'indices :**

- Opère-t-il dans des conditions normales de marché ?
- Poursuit-il un but de lucre ?
- Supporte-t-il les pertes liées à l'exercice de son activité ?



II.1. Ratione personae

d) les «personnes qui...»

- Deuxième condition : satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

→ ≠ exclusivement

→ ≠ majoritairement

→ théorie de la contamination



II.1. Ratione personae

NB : Théorie de la contamination

Voy. C.J.U.E. Arrêt Mannesmann Anlagenbau Austria e.a., point 28,:

« si l'une des activités de l'organisme relève du champ d'application des directives marchés publics, toutes ses autres activités y soient également soumises, qu'elles aient une nature industrielle et commerciale ou non »



II.1. Ratione personae

d) les «personnes qui...»

Troisième condition : le **contrôle**

- **soit** l'activité est financée majoritairement par les autorités ou organismes mentionnés au 1^o, a, b ou c ;
- **soit** la gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes;
- **soit** plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par ces autorités ou organismes



II.1. Ratione personae

d) les «personnes qui...»

Pour aller plus loin :

C.J.U.E., arrêt du 15 janvier 1998, Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strohal Rotationsdruck, C-44/96 ; arrêt du 10 novembre 1998, Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden / BFI Holding, C-360/96 ; arrêt du 3 octobre 2000, University of Cambridge, C-380/98 ; arrêt du 1er février 2001, Commission / France, C-237/99 ; arrêt du 10 mai 2001, Agorà et Excelsior, C-223/99 et C-260/99 ; arrêt du 12 décembre 2002, Universale-Bau e.a., C-470/99 ; arrêt du 27 février 2003, Adolf Truley, C-373/00 ; arrêt du 15 mai 2003, Commission / Espagne, C-214/00 ; arrêt du 22 mai 2003, Korhonen e.a., C-18/01 ; arrêt du 16 octobre 2003, Commission / Espagne, C-283/00 ; arrêt du 13 janvier 2005, Commission / Espagne, C-84/03 ; arrêt du 13 décembre 2007, Bayerischer Rundfunk e.a., C-337/06 ; arrêt du 10 avril 2008, Ing. Aigner, C-393/06 ; arrêt du 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns, C-300/07 ; arrêt du 12 septembre 2013, IVD, C-526/11 ; ...



II.1. Ratione personae

e) les associations de pouvoirs adjudicateurs

Par exemple : sous forme d'intercommunales, de sociétés commerciales, d'A.S.B.L., ...



II.1. Ratione personae

f) pour certains marchés : des personnes privées

Loi du 15 juin 2006, art.13 : « Le Roi peut [...] » % A.R. 15.07.2011, art. 4, § 2 :« [...] conditions cumulatives suivantes :

1° le montant estimé du marché atteint le seuil applicable fixé à l'article 32;

2° le marché est subventionné directement à plus de cinquante pour cent par un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 2, 1°, de la loi;

3° le marché a pour objet :

- soit des travaux de génie civil visés à l'annexe Ire de la loi ou des ouvrages relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs, de loisirs, aux bâtiments scolaires, universitaires ou à usage administratif;
- soit des services qui sont liés aux travaux ou ouvrages mentionnés au point a) ».



II.1. Ratione personae

Secteurs classiques : exemples



II.1. Ratione personae

Section 2ème – Les secteurs spéciaux

« secteurs spéciaux » = **quatre secteurs** :

→ eau, énergie, transports, services postaux

« secteurs spéciaux » = **deux régimes** :

→ « marchés publics » (assouplis) et « mise en concurrence »

Dans ce cours, il ne sera pas possible de détailler les procédures (assouplies) applicables dans les secteurs spéciaux



II.1. Ratione personae

Section 2ème – Les secteurs spéciaux

Directive 2004/17, art. 2

« 2. La présente directive s'applique aux entités adjudicatrices:

- a) qui sont des **pouvoirs adjudicateurs** ou des **entreprises publiques** et qui exercent une des activités visées aux articles 3 à 7;
- b) qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées à l'article 3 à 7, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de **droits spéciaux ou exclusifs** délivrés par une autorité compétente d'un État membre ».

+/- *Idem* Directive 2014/25

→ **Loi du 15 juin 2006**, art. 44



II.1. Ratione personae

Section 2ème – Les secteurs spéciaux

Loi du 15 juin 2006, art. 44 : marchés publics

« Sont soumis à l'application du présent titre [càd « marchés publics »], lorsqu'ils exercent une des activités y visées :

1° les **pouvoirs adjudicateurs** définis à l'article 2, 1°;

2° les **entreprises publiques** définies à l'article 2, 2°, pour les marchés ayant trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance. La présente disposition ne porte pas préjudice à l'application de l'article 72.

Une liste non limitative des entreprises publiques est établie par le Roi ».



II.1. Ratione personae

Secteurs spéciaux : exemples de pouvoirs adjudicateurs



II.1. Ratione personae

Section 2ème – Les secteurs spéciaux

Loi du 15 juin 2006, art. 2, 2° :

« **entreprise publique** : toute entreprise exerçant une activité visée par le titre III de la présente loi sur laquelle les pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer directement ou indirectement **une influence dominante** du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence dominante est présumée lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise :

- détiennent la majorité du capital de l'entreprise, ou
- disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise, ou
- peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise

»



II.1. Ratione personae

Secteurs spéciaux : exemples d'entreprises publiques



II.1. Ratione personae

Section 2ème – Les secteurs spéciaux

Loi du 15 juin 2006, art. 60 : mise en concurrence

« § 1er. Les dispositions du présent titre [càd « mise en concurrence »] sont applicables aux **entités adjudicatrices** au sens de l'article 2, 3°.

Art. 2, 3° entité adjudicatrice : la personne de droit privé exerçant une activité visée au titre IV et bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. Les droits spéciaux ou exclusifs sont les droits accordés par l'autorité compétente au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité visée au présent titre et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité

§ 2. Les dispositions du présent titre ne s'appliquent **que** pour les marchés définis à l'article 4, 1°, 2° et 6°, dont les montants estimés sont égaux ou supérieurs aux seuils fixés pour la publicité européenne. [...]



II.1. Ratione personae

Section 2ème – Les secteurs spéciaux

Loi du 15 juin 2006, art. 72 : mise en concurrence

Les dispositions de l'article 4 et du titre IV sont applicables aux **entreprises publiques** définies à l'article 2, 2°, pour les marchés, contrats, accords ou concours dont les montants estimés sont égaux ou supérieurs à ceux prévus à l'article 60, § 2, et qui n'ont **pas trait à leurs tâches de service public** au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance mais se rapportent à une des activités visées à l'article 61.

Les dispositions de l'article 4 et du titre IV sont également applicables aux **pouvoirs adjudicateurs** visés à l'article 2, 1°, pour les marchés, contrats, accords ou concours dont les montants estimés égalent ou dépassent ceux visés à l'alinéa 1er et qui se rapportent à **la production d'électricité**.



II.1. Ratione personae

Section 2ème – Les secteurs spéciaux : tentative de synthèse

Sont soumis aux marchés publics dans les secteurs spéciaux (titre III)

- les pouvoirs adjudicateurs classiques, lorsqu'ils exercent des activités dans les secteurs spéciaux
- les entreprises publiques actives dans les secteurs spéciaux, pour les marchés ayant trait à leurs tâches de service public

Sont soumis à la mise en concurrence dans les secteurs spéciaux (titre IV) :

- les personnes de droit privé exerçant une activité dans les secteurs spéciaux et bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, pour les marchés soumis à publicité européenne
- les entreprises publiques pour certains marchés, contrats, accords ou concours qui n'ont pas trait à leurs tâches de service public
- les pouvoirs adjudicateurs, pour les marchés qui se rapportent à la production d'électricité