



**A Mesdames et Messieurs les
Bourgmestres et Echevins de la
Région de Bruxelles-Capitale**

CONTACT Cabuy Yves
T 02.800.32.83
F 02 800 38 00
F 02 800 38 02
@mrbc.irisnet.be

**A Mesdames et Messieurs les
Présidents des intercommunales**

NOS REF. CIRC - 2006/08

VOS REF.

CONCERNE Circulaire portant sur les relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs

ANNEXES

11 -07- 2006

BRUXELLES

Mesdames et Messieurs,

1. Introduction

1.1. A la suite de la jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes dont la jurisprudence n'est pas sans conséquence sur la gestion locale bruxelloise, il m'est apparu important de rappeler aux autorités communales et aux conseils d'administrations des intercommunales bruxelloises certains des principes qui doivent régir leurs relations contractuelles.

1.2. En vertu de l'article 6, VI, §1er, alinéa 4, 1°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, le législateur est seul compétent pour fixer les règles générales de marchés publics telles que définies par les directives européennes. Je rappelle que pour qu'il y ait marché public au sens des directives européennes et de la loi du 24 décembre 1993 relatives aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il faut que la relation soit basée sur un contrat écrit conclu à titre onéreux entre deux personnes distinctes (dont l'une est au moins un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 4 de la loi) et porte sur une prestation visée par l'article 5 de la loi susvisée.

1.3. Conformément aux articles 141, 142 de la Constitution ainsi que la Charte européenne sur l'autonomie locale, faite à Strasbourg le 15 octobre 1985, ratifiée par l'ordonnance du 22 avril 1999, les administrations choisissent librement la manière avec laquelle elles entendent accomplir les missions

d'intérêt public qui leur incombent. Lorsqu'elles font appel à leurs propres services régis par des exigences internes propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou à une régie communale sans personnalité juridique propre, la relation ainsi établie ne constitue pas un contrat à titre onéreux. Il ne s'agit donc pas d'un marché public, mais d'une opération purement interne aux communes, dite aussi « *in house* ».

Lorsque les communes concluent des contrats à titre onéreux avec des entités dotées d'une personnalité juridique propre – de droit public ou de droit privé – la relation relève en général de l'application de la réglementation des marchés publics.

1.4. Une troisième forme de relation contractuelle existe lorsqu'une commune conclut un contrat à titre onéreux avec une société dotée d'une personnalité juridique propre sur laquelle elle exerce un certain contrôle. Il s'agit dans le cas présentement envisagé d'une intercommunale. Si cette relation se voit régulièrement qualifiée d'opération quasi interne ou « *quasi in house* », elle pose la question de l'obligation d'appliquer dans certaines circonstances la réglementation des marchés publics.

Dans son arrêt du 6 avril 2006 (ANAV/ Comune di Bari - AMTAB Servizio SpA), la Cour a par ailleurs confirmé la licéité de principe des intercommunales 100% publiques par rapport au critère "in house". Cet arrêt réaffirme la liberté de choix des pouvoirs publics entre l'appel au privé (dans le respect des règles de marchés publics), la création de structures de capitaux mixtes (également dans le respect des règles de marchés publics) et la création de structures purement publiques (pour laquelle les règles des marchés publics ne trouvent pas à s'appliquer). Un pouvoir public peut attribuer directement une concession de services publics à une société dont il détient entièrement le capital et pour autant qu'il détienne un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cette société réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient.

2. L'arrêt dit « **Stadt Halle** » (CJCE, affaire C-26/03 du 11 janvier 2005)

L'arrêt dit « **Stadt Halle** » vient de rappeler récemment les obligations des pouvoirs adjudicateurs en cette matière. Ses conclusions visent directement les relations entre certaines formes d'organisation de la gestion locale, soit les communes et les intercommunales pures et mixtes.

2.1. La Cour de Justice des Communautés européennes a répondu par cet arrêt à une question préjudicielle au titre de l'article 234 du Traité CE introduite par l'Oberlandesgericht Naumburg dans le cadre du règlement d'un litige opposant la Stadt Halle (Allemagne) et la société RPL Recyclingpark Lochau GmbH à la société Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall –und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. Cette dernière contestait la régularité de l'attribution sans mise en concurrence d'un marché de service relatif au traitement, à la valorisation et à l'élimination des déchets par la Stadt

Halle à la RPL Lochau, constituée en société à responsabilité limitée dont le capital est détenu majoritairement par la Stadt Halle et pour une part minoritaire par une société privée. Suite au recours introduit par la TREA Leuna, la Stadt Halle fit valoir pour sa défense que la RPL Lochau constitue une émanation d'elle-même par le fait qu'elle en détient la majorité du capital et donc le contrôle et dès lors la décision querellée doit être qualifiée d'« opération interne » ne nécessitant aucune application des règles en matière de marchés publics. La Cour a contesté cette thèse.

2.2. Des conclusions de la Cour, il y a lieu de rappeler les éléments suivants :

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

2.2.2. Les règles communautaires en matière de marchés publics visent à la libre circulation des services et à l'ouverture de la concurrence non faussée par les Etats membres ; elles sont dès lors d'application lorsque sont remplies les conditions qui y sont prévues. Toute exception à cette obligation est par conséquent d'interprétation stricte. Aussi, outre la relation purement interne en l'absence de toute personnalité juridique distincte, l'arrêt Stadt Halle rappelle deux exceptions :

- lorsqu'est transférée - lors de la création de la structure - la compétence décisionnelle de la commune au profit de l'intercommunale. Toute exécution de prestations résultant de la simple exécution des statuts ne constitue dès lors pas un marché public au sens de la réglementation. Par contre, est soumise à l'application de la réglementation des marchés publics, toute commande ponctuelle décidée par une commune et dont l'objet de celle-ci n'est pas directement et expressément inclus dans les missions statutaires de l'intercommunale et pour lesquelles celle-ci décide seule.

- lorsque la commune peut exercer sur l'intercommunale un contrôle analogue à celui qu'elle pratique sur ses propres services et que l'intercommunale réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Si la relation en question satisfait à ces deux critères qui sont par ailleurs cumulatifs, il n'y a pas de contrat au sens des directives et donc d'application de la réglementation des marchés publics.

La notion de contrôle analogue doit s'analyser d'un point de vue fonctionnel, « analogue » ne voulant pas dire « similaire » ou « identique ». Il s'agit du droit de pouvoir délivrer des instructions et d'exercer un pouvoir de tutelle permettant de contrôler - voire de corriger - les décisions prises par l'intercommunale. Le contrôle doit pouvoir porter sur toutes les décisions, sur les choix stratégiques comme sur les décisions de gestion individuelles. Il doit

d'une part être apprécié au cas par cas en fonction des statuts de l'entité concernée, et constituer davantage qu'une simple influence dominante : il s'agit de droits concrets de contrôle. Le principe du contrôle analogue ne doit pas être nécessairement considéré comme effectif dès lors que tous les membres d'une société sont des autorités publiques.

2.3. Toute participation – même minoritaire et sans droit de veto – d'une personne privée dans le capital d'une société à laquelle participe également un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exclut tout contrôle analogue. En effet, les participations respectives privées et publiques poursuivent des objectifs par définition différents ; l'objet poursuivi par une telle entreprise d'économie mixte diffère donc par principe fondamentalement des simples services de l'administration. Dès lors, toute attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans mise en concurrence préalable porte atteinte aux principes communautaires de mise en concurrence, de non discrimination et d'égalité de traitement et de transparence parce que favorisant l'entreprise privée présente dans le capital au détriment de ses concurrentes.

3. L'arrêt dit « Coname » (arrêt CJCE affaire C-231/03 du 21 juillet 2005)

Des obligations de transparence dans l'attribution de contrat sortant du champ d'application de la réglementation des marchés publics tels que des concessions de services publics sont également à respecter. C'est en substance ce qu'a rappelé un autre arrêt récent de la Cour de Justice des Communautés européennes dans le cadre d'une réponse à une question préjudicielle posée par une juridiction italienne.

3.1. Il s'agissait de l'attribution directe – sans autre forme de publicité - par une commune d'une concession relative à la gestion de la distribution de gaz à une société d'économie mixte au capital majoritairement public et dans laquelle elle détient 0,97 % du capital. En l'absence de circonstances objectives tel qu'un enjeu économique très réduit, et compte tenu du fait qu'une telle concession était susceptible d'intéresser des entreprises situées dans d'autres Etats membres, la Cour a jugé qu'une telle attitude était constitutive d'une différence de traitement au détriment de toute entreprise située dans un autre Etat membre, interdite par les articles 43 et 49 du Traité CE. En outre, une participation dans le capital à hauteur de 0,97 % n'était pas de nature à permettre à la commune concernée d'exercer un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ; et la Cour d'insister sur le fait que toute entité ouverte même partiellement au capital privé ne permet pas d'être assimilée à un service interne.

3.2. En l'absence d'obligations comparables à celles fixées par les directives européennes pour les contrats relevant de la notion de marchés publics, l'obligation de transparence à charge du pouvoir adjudicateur « *consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché de services à la concurrence* »

ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication » (point 62 de l'arrêt précité).

Pour déterminer ce « degré de publicité adéquat », il y a lieu de considérer dans le cadre d'une analyse de marché, pour quels opérateurs économiques le contrat projeté présente un intérêt. La concurrence potentielle, la valeur et l'objet du contrat joueront à cet égard un rôle décisif. Il convient ensuite de poser la question de la publication, de son contenu et de son mode le plus adéquat en regard de la circonstance en question (soit d'une part la portée géographique, c'est-à-dire le niveau local, régional, national ou européen, et d'autre part le média proprement dit, de l'affichage communale à la publicité via l'Internet en passant par la communication imprimée classique dans les journaux officiels ou la presse spécialisée).

4. Les applications pratiques à la situation locale bruxelloise

J'attire dès lors votre attention sur les conséquences pratiques qu'il y a lieu de déduire de cette jurisprudence aux niveaux des pouvoirs locaux bruxellois en matière de création de personnes juridiques distinctes et de qualification des contrats entre ces personnes.

4.1. La relation « *in house* » et l'organisation interne du service

Une commune peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs et techniques, en d'autres termes, ses propres services, voire par l'intermédiaire d'une régie communale ordinaire. Il n'est dans ce cas aucunement question de contrat à titre onéreux – la réglementation des marchés publics ne trouve dès lors pas à s'appliquer – puisque l'entité concernée n'est pas distincte juridiquement du pouvoir adjudicateur : il s'agit d'une relation « *in house* » au sens strict.

4.2. La relation « *in house* » entre une commune et une intercommunale

Une relation entre deux personnes distinctes, une commune et une intercommunale, doit répondre aux conditions suivantes pour être qualifiée d'opération interne ou « *in house* » :

1° la commune doit se dessaisir totalement de sa compétence en la matière concernée. Ce dessaisissement a pour conséquence que la commune ne pourra plus intervenir en aucune manière et à quel que stade que ce soit dans le processus décisionnel ;

2° l'intercommunale doit reprendre dans son objet et dans ses statuts la matière en question comme mission propre.

Selon la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat relative à la notion de transfert de compétences des communes vers les intercommunales pures (Arrêt Fédération nationale des Entrepreneurs routiers de 1981, CE n° 21.624

du 2 décembre 1981), lorsqu'une intercommunale est intégralement substituée à ses communes pour mener certaines activités économiques (l'intercommunale étant elle-même un pouvoir adjudicateur et soumise, en tant que telle, à la législation sur les marchés publics dans ses relations avec les tiers), la réglementation des marchés publics ne trouve pas à s'appliquer dans les relations nouées entre les communes et l'intercommunale. Là où il y a substitution de l'intercommunale à la commune, il faut en effet considérer qu'il s'agit d'une réorganisation, expression de la puissance publique qui, comme telle, échappe au champ d'application de la législation dérivée sur les marchés publics en application de l'article 45 du Traité.

4.3. L'existence de droits exclusifs

Lorsque la mission assurée par une intercommunale porte sur des services au sens de l'article 5 et de l'annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993 et fait l'objet d'un droit exclusif en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives conformément à l'article 3, § 2, de la loi précitée et des articles 25 de la directive 2004/17 et 18 de la directive 2004/18, celle-ci se voit expressément exclue du champ d'application de la réglementation des marchés publics alors même qu'elle constitue un contrat à titre onéreux. En effet, la commune n'a d'autre choix que de recourir à l'intercommunale pour assurer la mission en question.

4.4. Le contrat à titre onéreux entre une commune et une intercommunale

Lorsque les statuts d'une intercommunale ne prévoient que la possibilité pour les communes membres de l'intercommunale de recourir aux services de celle-ci pour telle activité, cette dernière entre dans le champ d'application *ratione materiae* des directives européennes et de la réglementation belge des marchés publics. En d'autres termes, les communes qui externaliseront la gestion de cette mission ne pourront la confier à l'intercommunale sans avoir organisé au préalable une mise en concurrence dans le cadre de laquelle l'intercommunale devra se voir traiter au même titre que tout autre opérateur public ou privé désireux de participer à la procédure.

4.5. Le choix du partenaire privé dans le cadre d'une intercommunale mixte

Les règles à suivre pour le choix d'un partenaire privé dans le cadre d'une intercommunale mixte sont intimement liées à l'objet social de la société à créer :

- si cet objet social est précis et que le choix du partenaire privé intègre également celui du projet à mettre en œuvre, ou, en d'autres termes, le partenaire privé est choisi en fonction du projet qu'il propose, la procédure pourrait entrer en principe dans le champ d'application de la réglementation des marchés publics (selon C.E., arrêt n° 145.163 du 30 mai 2005 SA CONSTRUCTIONS INDUSTRIELLES DE LA MEDITERRANEE, C.N.I.M./Association intercommunale de traitement

des déchets de la Région Liégeoise, étant entendu que cet arrêt est une suspension et ne constitue donc pas encore une mesure définitive) ;

- si cet objet social est de portée générale, le choix du partenaire privé n'entre pas dans le cadre de la réglementation des marchés publics. Comme précisé dans l'arrêt dit Coname cité ci-dessus, il y a lieu toutefois d'assurer à la procédure un « *degré de publicité adéquat* » dans le respect des dispositions des articles 43 et 49 du Traité CE. En l'absence de règles précises, je préconise de recourir aux règles prévues en matière de publicité par la réglementation des marchés publics, ceci aux fins de conférer à la procédure les garanties indispensables en matière de respect des principes de non discrimination, d'égalité de traitement et de transparence.

A cet égard, il y a lieu de rappeler que le Conseil de la concurrence, sur renvoi du dossier décidé par la Commission européenne le 19 décembre 2003, a décidé le 8 mars 2004 (décision n° 2004-C/C-26) de ne pas s'opposer à l'opération de constitution de la nouvelle intercommunale mixte Sibelga, issue du regroupement des intercommunales des groupes Interelec – Interga et Sibelgaz.

Une fois l'intercommunale mixte constituée, ses relations avec les communes n'entreront pas dans le champ d'application *ratione materiae* de la réglementation des marchés publics dès lors qu'elles restent dans le champ de son objet statutaire. Par contre, lorsqu'une commune vient à lui passer d'autres commandes ne correspondant pas à cet objet statutaire, l'application des règles de marché public s'imposera.

Il est par contre interdit de constituer une intercommunale pure pour ouvrir ensuite son capital au secteur privé sans respecter les obligations de mise en concurrence requises.

6. Les modalités de contrôle des intercommunales pures et mixtes par la Région de Bruxelles-Capitale

6.1. Je rappelle aux autorités des intercommunales que l'ordonnance du 19 juillet 2001 organisant la tutelle administrative sur les intercommunales de la Région de Bruxelles-Capitale instaure une tutelle générale (suspension et annulation) et une tutelle d'approbation en application des dispositions de ses articles 7, 8 et 9. Les motifs justifiant une intervention de l'autorité de tutelle sont les cas classiques de décisions violant la loi ou blessant l'intérêt général.

6.2. L'article 6 de l'ordonnance prévoit que tous les actes de l'assemblée générale, du conseil d'administration et du collège des commissaires sont à transmettre à l'autorité de tutelle.

Les décisions suivantes sont soumises à l'approbation préalable de l'autorité de tutelle (article 9) :

- l'acte de constitution, les statuts et les annexes qui en vertu des statuts en font intégralement partie ;
- les décisions en matière de conventions relatives aux fournitures et services d'intérêt communal entre les intercommunales elles-mêmes ou entre les intercommunales et les communes.

Toutes les décisions (conditions et attributions) relatives à la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services sont soumises quant à eux à la tutelle générale de suspension et d'annulation (article 7)

6.3. Les intercommunales disposent de 20 jours de calendrier pour transmettre leurs actes. L'autorité de tutelle dispose quant à elle de 40 jours de calendrier pour prendre une mesure de suspension ou d'annulation ; elle dispose de ce même délai pour l'approbation (ce délai peut toutefois être prorogé).

6.4. Le Conseil d'Etat et les Cours et Tribunaux sont, par ailleurs chacun selon leurs compétences, habilités à exercer également un contrôle sur les décisions des communes, régies communales autonomes et intercommunales en cas de recours.

7. Les régies communales autonomes

7.1. La compétence que détient la Région de Bruxelles-Capitale pour organiser la tutelle administrative ordinaire au sens de l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi spéciale du 8 août 1980 (modifié par les lois spéciales du 8 août 1988, du 16 juillet 1993 et remplacé par la loi spéciale du 13 juillet 2001 susmentionnées) s'étend à toutes les institutions communales, soit à ce titre également les régies communales autonomes.

7.2. La Région de Bruxelles-Capitale n'a pas encore organisé de tutelle propre sur les régies communales autonomes. L'absence d'ordonnance régionale spécifique à cette matière n'exclut toutefois pas que ces organismes puissent être soumis à la tutelle régionale. Dans l'attente d'une ordonnance spécifique à l'instar de celles des communes et des intercommunales susvisées, ce type d'institutions communales reste provisoirement soumis à la tutelle organisée par les articles 86 à 88 de la loi communale du 30 mars 1836. Cette tutelle comporte la suspension (organisée par l'article 86), l'annulation (par l'article 87) et l'envoi d'un commissaire spécial (par l'article 88).

8. L'application de la réglementation des marchés publics

8.1. Pour les communes, les régies communales autonomes et les intercommunales pures et mixtes lorsqu'elles passent des marchés publics relevant du régime des secteurs dits classiques, les dispositions suivantes sont d'application :

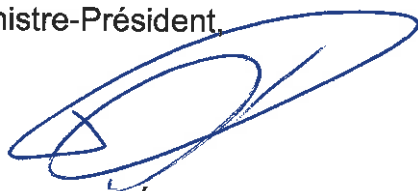
- le Livre Ier, Titre Ier, II, III (articles 1^{er}, et 3 à 25) et V de la loi du 24 décembre 1993 ;
- l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics ;
- l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et son annexe, le Cahier général des Charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics.

8.2. Pour les intercommunales pures et mixtes (les éventuelles régies communales autonomes à venir) lorsqu'elles passent des marchés publics relevant du régime des secteurs dits spéciaux de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, les dispositions suivantes sont d'application :

- le Livre Ier, Titre IV (articles 1^{er} à 3 et 26 à 41*quiquies*) de la loi du 24 décembre 1993 ;
- l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux ;
- l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et son annexe, le Cahier général des Charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics.

Je vous invite à tenir compte scrupuleusement des conséquences de ces derniers développements de la jurisprudence européenne dans toutes les relations entre communes et intercommunales. Les services de mon administration compétents en ces matières sont à votre disposition pour tout soutien technique qui vous serait nécessaire aux fins d'inscrire vos projets dans le respect des réglementations en vigueur.

Le Ministre-Président,



Charles PICQUÉ