

13 JUILLET 2006. – Circulaire aux communes, provinces, régies communales et provinciales autonomes et intercommunales, C.P.A.S. et associations Chapitre XII de la Région wallonne, portant sur les relations contractuelles entre deux pouvoirs adjudicateurs

(M.B. du 27/07/2006, p. 36756)

Des arrêts récents de la Cour de justice des Communautés européennes ont des incidences sur la gestion locale. Dès lors, il est apparu important de rappeler aux autorités communales, aux conseils d'administration des intercommunales et des régies communales autonomes certains des principes qui doivent régir leurs relations contractuelles.

De la jurisprudence actuelle de la Cour de justice, il y a lieu de rappeler les éléments suivants:

1. La Cour de Justice a adopté une définition largement extensive de l'expression « marché public » dont il y a lieu de tenir compte dans l'application de la législation nationale en vigueur.
2. L'expression « marché public » vise ainsi les relations contractuelles à titre onéreux qui ont pour objet des prestations économiques, travaux, fournitures, services qui se lient entre deux pouvoirs adjudicateurs au sens du droit communautaire sur les marchés publics et de la législation nationale transposant ce concept;
3. Le droit communautaire et le droit national relatifs au marché public ne s'appliquent cependant pas lorsque les pouvoirs publics font appel à leurs propres services (sans personnalité juridique) pour l'accomplissement de certaines activités économiques;
4. Le droit communautaire et le droit national relatifs au marché public ne s'appliquent pas aux prestations de services attribuées à un pouvoir adjudicateur sur la base d'un droit exclusif dont il bénéficie en vertu de dispositions législatives ou réglementaires publiées et conformes au traité instituant la Communauté européenne;
5. Conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, le droit dérivé des marchés publics ne s'applique pas à la relation dite « in house ». Cette relation « in house » se caractérise notamment par le fait que la ou les entités publiques créatrices d'une structure publique puissent recourir ou utiliser cette dernière pour autant que cette structure:
 - a) exerce l'essentiel de ses activités pour le compte des entités créatrices;
 - b) fasse l'objet d'un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services, peu importe que la rémunération soit assurée par ces entités créatrices ou par un tiers;
6. Dès qu'une participation minoritaire privée est au capital de la société créée, la relation dite « in house » ne peut exister;
7. 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 service public sont également à respecter.

Ainsi, 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 ».

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 communal à la publicité via internet en passant par la communication imprimée classique dans les journaux officiels ou la presse spécialisée).

Il convient donc de tenir compte scrupuleusement des conséquences de ces derniers développements de la jurisprudence européenne dans toutes les relations contractuelles entre pouvoir adjudicateur. Les services de la Direction générale des Pouvoirs locaux 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.

Namur, le 13 juillet 2006.

Le Ministre-Président,

E. DI RUPO

Le Ministre des Affaires intérieures et de la Fonction publique,

Ph. COURARD