

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	5
Introduction	9
Elisabeth Willemart	
1. Au-delà de la notion de pouvoir adjudicateur : l'exemple des communs	15
Sophie Jacques Linli Pan-Van de Meulebroeke Gauthier Rolland	
Introduction	16
Section 1. Les « communs »	17
§1. Le principe des communs.....	17
§2. Les relations entre le commun et la puissance publique	18
I. Contexte historique des communs.....	18
II. Les communs comme alternative à la vision binaire État/marché	20
III. Un exemple de commun en Belgique : le <i>Community Land Trust Brussels</i>	23
Section 2. Le commun, un pouvoir adjudicateur ?	24
§1. La notion de pouvoir adjudicateur : vers une logique de marché toujours plus importante	25
§2. Les conditions de la qualification de pouvoir adjudicateur appliquées aux communs	26
I. Introduction	26
II. L'intérêt général autre qu'industriel ou commercial.....	28
III. La personnalité juridique	30
IV. La dépendance à l'égard de pouvoirs adjudicateurs	31

Section 3. Les points de frictions entre les communs et la qualité de pouvoir adjudicateur	32
Conclusions	33
2. Les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial	37
Laura Grauer Nicolas De Backer	
Section 1. À titre liminaire	38
§1. Une entité créée pour satisfaire des besoins d'intérêt général ...	39
§2. ... qui ont un caractère autre qu'industriel ou commercial	42
Section 2. Le souci d'étendre le champ d'application des directives au travers d'une interprétation fonctionnelle	44
§1. La gouvernance contractualisée à l'origine de l'interprétation fonctionnelle	45
§2. Des entités qui « <i>exercent effectivement, et même temporairement</i> » des activités visant « <i>notamment</i> » à la satisfaction des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.....	46
§3. Une casuistique symptomatique d'une approche indiciariaire	48
Conclusion	52
3. Le caractère onéreux des marchés publics : par ici la monnaie ?	55
Louis Leboutte Renaud Simar	
Introduction	56
§1. Le marché public est un contrat à titre onéreux	57
§2. Perspective historique ou l'essor du caractère onéreux du marché public dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne.....	58
§3. L'importance du caractère onéreux du marché public au sein de la législation réglant la commande publique	61
Section 1. La définition du caractère onéreux	61
§1. L'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur.....	63
§2. La contre-prestation	65

TABLE DES MATIÈRES

Section 2. La concrétisation du caractère onéreux.....	67
§1. Le prestataire du marché : qualité, forme et présence sur le marché.....	67
§2. Le contrat onéreux et le paiement en argent.....	68
I. Paiement d'un prix « positif »	68
II. Paiement d'un prix « négatif »	68
III. Absence de paiement d'un prix – prix « nul »	70
IV. Absence de paiement d'un prix – gratuité.....	71
V. Absence de paiement d'un prix – Absence d'une contre-prestation du pouvoir adjudicateur.....	71
VI. Paiement futur d'un prix.....	72
VII. Paiement fractionné d'un prix.....	72
VIII. Paiement d'un prix correspondant à un remboursement des frais encourus.....	73
IX. Paiement d'un prix par un tiers	75
§3. Le contrat onéreux et le paiement en nature.....	76
Section 3. Les frontières du caractère onéreux.....	77
§1. Le contrat onéreux et la subvention.....	77
§2. Le contrat onéreux et le transfert de l'exercice de compétences ...	79
§3. Le contrat onéreux et le sponsoring.....	80
Section 4. L'intérêt du caractère onéreux – Distinction avec la concession....	81
Conclusion	83
4. Le « In house » et la coopération horizontale non institutionnalisée	85
Marie Vastmans	
François Viseur	
Introduction.....	86
Section 1. Relation « In house »	87
§1. Généralités	87
§2. « In house » simple	89
I. Première condition : le contrôle analogue.....	91
A. Introduction	91
B. Participation au sein du capital social	93
C. Composition des organes de gestion.....	95

D. Étendue des pouvoirs des organes de gestion.....	96
E. Vocation au marché.....	99
II. Deuxième condition : les activités de l'entité contrôlée	100
III. Troisième condition : le capital de la filiale.....	103
IV. Conclusion	104
§3. « <i>In house</i> » simple indirect	105
§4. « <i>In house</i> » simple ascendant et collatéral.....	106
§5. « <i>In house</i> » conjoint.....	109
Section 2. Coopération horizontale non institutionnalisée.....	112
§1. Généralités	112
§2. Notions de coopération entre entités publiques, de services publics et d'objectifs communs.....	116
§3. La coopération mise en place répond exclusivement à des considérations d'intérêt public.....	121
§4. Activités concernées par la coopération.....	123
§5. Conclusion.....	123
5. La notion de monopole de fait et de droit dans les marchés publics	125

Marie Vastmans

François Viseur

Introduction.....	126
Section 1. L'hypothèse du recours à la procédure négociée sans publication préalable lorsque le marché ne peut être attribué qu'à un opérateur déterminé	128
§1. Généralités	128
§2. Les trois hypothèses de monopole permettant de recourir à la procédure négociée sans publication préalable	129
I. L'exclusivité artistique.....	130
II. L'exclusivité technique.....	131
A. La définition de son besoin par l'adjudicateur.....	131
B. L'absence d'alternatives.....	133
III. L'exclusivité légale	136
§3. Portée du concept d'exclusivité.....	137

TABLE DES MATIÈRES

§4. Caractère objectif de l'exclusivité	139
§5. Moment auquel l'exclusivité doit être constatée	142
§6. Étendue géographique de l'exclusivité	143
§7. Hypothèse d'un duopole ou d'un oligopole	144
Section 2. Comment réduire les risques liés au recours à cette procédure	144
§1. La déclaration d'absence d'effets.....	145
§2. L'avis de transparence <i>ex ante</i>	145
§3. Les recours en suspension et en annulation	146
Conclusion	146

6. Small is beautiful ?

Questions choisies en matière de marchés publics de faible montant.....

Valentine de Francquen

Gauthier Rolland

Introduction	150
Section 1. Le législateur fédéral et les marchés de faible montant	150
Section 2. Les règles applicables aux marchés de faible montant	151
§1. La passation des marchés publics de faible montant	151
I. Les règles contenues dans la loi du 17 juin 2016	151
II. Les règles contenues dans les arrêtés royaux pris en exécution de la loi du 17 juin 2016.....	153
§2. La motivation, l'information et les voies de recours en matière de marchés publics de faible montant.....	154
§3. L'exécution des marchés publics de faible montant.....	154
Section 3. L'élaboration du marché de faible montant	155
§1. L'hypothèse de déclenchement : un montant estimé inférieur à 30 000 € HTVA.....	155
I. Le principe de base : l'interdiction de concevoir un marché dans l'intention de le soustraire à l'application normale de la loi – ou la pratique du saucissonnage	156
II. L'estimation du montant du marché est fondée sur le montant total payable	157

III. L'estimation du montant du marché est fondée en principe sur l'annualité	157
IV. L'estimation du montant du marché doit tenir compte de la notion de « projet homogène »	158
V. La validité temporelle de la valeur estimée du marché	159
VI. Les règles particulières de calcul du montant estimé du marché en fonction de son objet	159
A. Marchés de fournitures ou de services présentant un caractère de régularité ou destinés à être renouvelés au cours d'une période donnée.....	159
B. Marchés de fournitures ayant pour objet le crédit-bail, la location ou la location-vente de produits.....	160
C. Marchés de services.....	160
D. Marchés de services n'indiquant pas de prix total	160
§2. Les documents du marché : (in)utiles ?.....	161
§3. Le droit d'accès, les critères de sélection et d'attribution	161
§4. L'application des règles générales d'exécution	162
§5. L'utilisation des moyens de communication électroniques	162
Section 4. La passation et l'attribution du marché de faible montant.....	163
§1. La question de la consultation des opérateurs économiques.....	163
§2. La réception des offres	165
§3. L'analyse de la régularité des offres.....	167
§4. La négociation	168
§5. Le formalisme probatoire propre au marché de faible montant...	169
§6. L'attribution du marché de faible montant et sa motivation	170
Section 5. L'information des soumissionnaires et les voies de recours	171
§1. L'information des soumissionnaires.....	171
§2. Les voies de recours.....	171
Section 6. L'exécution des marchés de faible montant	172
§1. En droit	172
I. L'inapplication des règles générales d'exécution aux marchés de faible montant.....	172
II. Application des conditions générales de vente de l'opérateur économique retenu.....	173
III. Et en cas de contradiction entre les clauses des parties ?	173

TABLE DES MATIÈRES

IV. Les règles applicables par défaut si les parties n'ont rien prévu, que ce soit dans les documents de marché, ou dans l'offre	174
A. La loi du 2 août 2002 concernant la lutte contre le retard de paiement dans les transactions commerciales.....	174
1) Délai de paiement	175
2) Sanction du non-respect par le débiteur du délai de paiement.....	176
3) Possibilité de s'écarter de la règle prévue par la loi du 2 août 2002	177
B. Le droit commun	178
§2. En opportunité	178
I. Application des règles générales d'exécution	179
II. Quels sont les points que l'adjudicateur a intérêt à anticiper ?	179
A. Règles applicables au paiement.....	180
B. La modification du contrat.....	181
C. Les circonstances imprévisibles	185
D. Le défaut d'exécution du contrat par une des parties	185
1) Défaut d'exécution dans le chef de l'attributaire.....	185
2) Défaut d'exécution dans le chef de l'adjudicateur.....	186
E. Les modalités de fin du contrat.....	188
1) Fin naturelle du contrat.....	188
2) Rupture anticipée du contrat	188
a) Rupture avec faute de l'une des parties	188
b) Rupture sans faute	188
Conclusion	190

7. Ces opérations immobilières qui ne sont pas des marchés publics : Considérations autour de l'exception de l'article 28 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.....

Virginie Dor

Isabelle Van Kruchten

Introduction.....	192
Section 1. La notion de marché de travaux.....	193
Section 2. L'exception légale : l'article 28 de la loi du 17 juin 2016	195

§1. Principes	195
§2. Le contrat de vente d'un terrain s'accompagnant de la construction de bâtiments risque-t-il d'être requalifié en marché public de travaux ?.....	197
§3. Les opérations relatives à un ouvrage en cours de construction : la zone grise ?.....	200
§4. Quels critères retenir en pratique ?.....	205
Section 3. Quelques cas particuliers.....	208
§1. La vente à un pouvoir adjudicateur d'un terrain, couplé aux contrats d'entreprise.....	208
§2. L'échange d'un terrain appartenant à un pouvoir adjudicateur contre un bâtiment d'un opérateur économique.....	209
Section 4. Les obligations de transparence et d'égalité en cas d'opération non soumise à la réglementation relative aux marchés publics	210
Section 5. Les risques potentiels liés à l'opération immobilière	213
Conclusions.....	218

8. La qualification des contrats de concession : bilan de l'objectif de clarification du législateur

Mathilde Vilain XIII

Introduction.....	220
Section 1. Le champ d'application de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.....	221
§1. Champ d'application personnel.....	221
§2. Champ d'application matériel	222
I. Général.....	222
II. Quant à l'objet du contrat	223
III. Quant au caractère onéreux du contrat	224
IV. Quant au transfert du risque d'exploitation	225
V. Quant aux contrats mixtes	227
§3. Quant aux exclusions du champ d'application de la loi.....	228
Section 2. Les critères distinctifs des concessions dans la jurisprudence récente.....	229
§1. Arrêt du Conseil d'État n° 245.313, du 20 août 2019	230

TABLE DES MATIÈRES

§2. Arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne n° C-643/19, du 25 mai 2020	231
§3. Arrêt du Conseil d'État n° 248.148, du 17 août 2020	232
§4. Arrêt du Conseil d'État n° 248.196, du 2 septembre 2020	233
Conclusions	235

9. Marchés publics et subventions : la *minima divisio* ? ... 237

Maxime Vanderstraeten

Introduction	238
Section 1. Définitions	239
Section 2. Critères distinctifs traditionnels	240
§1. La finalité de l'opération	241
§2. L'initiative de l'activité.....	244
§3. La nature contractuelle ou non de l'acte.....	246
§4. La valeur de la contrepartie	248
Section 3. Tentative de synthèse et perspectives	251

10. Les marchés passés par les *entités adjudicatrices* : spéciaux, classiques ou exclus ?..... 257

Charles-Henri de La Vallée Poussin

Introduction	258
Section 1. Les champs d'application <i>ratione personae</i> respectifs des titres 2 et 3 de la loi	259
§1. Le champ d'application <i>ratione personae</i> du titre 2 de la loi.....	259
§2. Le champ d'application <i>ratione personae</i> du titre 3 de la loi.....	261
I. Les <i>pouvoirs adjudicateurs</i> visés à l'article 2, 1°, qui exercent une ou plusieurs des activités visées aux articles 96 et 102	261
II. Les <i>entreprises publiques</i> visées à l'article 2, 2°	262
III. Les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs visées à l'article 2, 3°	262
§3. Synthèse schématique des enseignements présentés jusqu'à ce stade	263
Section 2. Les <i>proposités</i> des champs d'application <i>ratione personae</i> des titres 2 et 3 de la loi	264

§1. Position du problème : les personnes « duales »	264
§2. Méthodologie à suivre par les personnes « duales » pour déterminer le titre auquel elles doivent se référer pour passer un marché	265
I. Énoncé de la règle	265
II. Difficultés pratiques de mise en œuvre de la règle	266
A. La personne « duale » passe deux marchés distincts	267
B. La personne « duale » passe un marché unique	268
1) La personne « duale » est en mesure de déterminer à quelle activité le marché est principalement destiné	268
2) La personne « duale » n'est pas en mesure de déterminer à quelle activité le marché est principalement destiné	270
§3. Synthèse schématique des enseignements présentés jusqu'à ce stade	271
Section 3. Les exclusions du champ d'application du titre 3 de la loi	272
§1. Les marchés ayant pour objet des services non économiques d'intérêt général	272
§2. Les exclusions définies par renvoi au titre 2	275
I. Les marchés passés en vertu de règles internationales	275
II. Les exclusions relatives à certains marchés de services	276
III. Les marchés de services passés sur la base d'un droit exclusif	279
IV. Les marchés de services de recherche et de développement	281
V. L' <i>in house</i> et la coopération horizontale non institutionnalisée	281
§3. L'exclusion applicable aux <i>pouvoirs adjudicateurs</i> pour les marchés se rapportant à la production d'électricité	281
I. Le pouvoir adjudicateur passe deux marchés distincts	283
II. Le pouvoir adjudicateur passe un marché unique	284
A. Le pouvoir adjudicateur est en mesure de définir l'activité à laquelle le marché se rapporte principalement	284
B. Le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de définir l'activité à laquelle le marché se rapporte principalement	284
C. Les limites juridiques à la faculté de choisir de passer un marché unique ou deux marchés distincts	285

TABLE DES MATIÈRES

§4. L'exclusion applicable aux <i>entreprises publiques</i> pour les marchés qui n'ont pas trait à leurs tâches de service public au sens d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance.....	286
§5. L'exclusion applicable aux <i>personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs</i> pour l'attribution des marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil de publicité européenne.....	287
§6. Le marché à attribuer ne l'est pas pour l'exercice d'activités visées aux articles 96 à 102 de la loi	288
§7. Les marchés passés à des fins de revente ou de location à des tiers	289
§8. Marchés passés par certaines <i>entités adjudicatrices</i> pour l'achat d'eau et pour la fourniture d'énergie ou de combustibles destinés à la production d'énergie	290
§9. Marchés attribués à une entreprise liée.....	291
§10. Marchés attribués à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise.....	294
§11. Exclusion relative aux activités directement exposées à la concurrence.....	295

11. L'obligation européenne de transparence L'application des principes généraux de droit européen aux contrats et actes qui ne sont ni des marchés publics, ni des concessions

297

Gauthier Ervyn

Introduction	298
Section 1. Les principes généraux de droit européen	301
Section 2. Champ d'application matériel de l'obligation de transparence européenne	304
§1. Transparence dans le choix du mode de gestion publique.....	304
§2. Transparence dans la conclusion des actes qui ne sont pas des « marchés publics » ou des « concessions »	309
I. Les contrats qui ne sont ni des marchés publics, ni des concessions....	310
II. Les actes publics créateurs de droits exclusifs.....	314
§3. Exceptions au principe de transparence	320
I. Non-application du Traité européen.....	320
A. Absence d'intérêt transfrontalier certain.....	320

AUX FRONTIÈRES DES MARCHÉS PUBLICS

B. Activités non-économiques.....	322
C. Exercice de compétences légalement conférées ou imposées....	323
II. Autres exceptions au principe de transparence	324
Section 3. Champ d'application personnel de l'obligation de transparence européenne.....	326
Section 4. Caractères supra-constitutionnel et d'ordre public de l'obligation de transparence ?.....	336
Section 5. Consécration d'une source majeure de droit administratif ?....	339
 Aux frontières des marchés publics : liberté, sécurité, proportionnalité ?	 341

David De Roy