

Le Champ d'Application Organique du Droit Européen des Marchés Publics et l'Analyse du Droit Turc des Marchés Publics*

Şerife Yıldız**

Introduction:

Les achats des administrations constituent la principale source de commande, voire le seul marché, comme, par exemple, pour des raisons tenant à la souveraineté des États et d'ailleurs consacrées par l'article 223 (article 296 nouveau) du Traité de la CEE, les marchés de la défense nationale ne se prêtent que très difficilement à une mise en concurrence communautaire malgré leur poids économique considérable ou encore les marchés des télécommunications.

Après la publication du livre Blanc de 1985, l'ouverture des marchés publics a été l'enjeu le plus important de la réalisation du Grand Marché Intérieur car les marchés publics jouaient un rôle prépondérant dans la politique économique, sociale et régionale des États membres. Les débouchés dans l'administration et les services publics représentaient en 1990, 600 milliards d'Ecu, soit plus de 14% du PIB communautaire¹. Le Traité de Rome ne comportait aucune disposition spécifique aux marchés

* La partie comprenant "le champ d'application organique du droit européen des marchés publics" est tiré de la première partie de notre mémoire sur "La Notion européenne de Marché Public" préparé sous la direction de M. François PRIET en 2002, Université d'Orléans.

** Assistante de recherche, Faculté de Droit de l'Université d'Anadolu, Eskişehir.

¹ Yves Terrasse, *La réglementation des marchés publics : bilan et perspectives*, Revue des Marchés publics, n° 1/95, p. 31.

publics. Le Traité de Maastricht a introduit un article 130 F (article 163 dans la nouvelle numérotation donnée par le Traité d'Amsterdam) dont le paragraphe 2 mentionne l'ouverture des marchés publics nationaux mais dans le cadre limité de la recherche et du développement technologique. Malgré le silence du Traité de Rome, les marchés publics doivent respecter les principes fondamentaux du droit communautaire tels que l'interdiction de toute discrimination en raison de la nationalité (article 6 paragraphe 1, article 12 nouveau), la libre circulation des marchandises (article 30 et suivants, article 28 nouveau), la libre prestation des services (article 59 et suivants, article 49 nouveau), et la liberté d'établissement (art. 52 et suivants, article 43 nouveau).

Pour assurer l'ouverture des marchés publics, il fallait disposer d'instruments particulièrement adaptés et efficaces car les principes du traité ne remplissaient pas ces conditions. Cette réglementation a été prise sous la forme de deux directives de coordination; la directive n° 71/305 dite directive travaux², modifiée par les directives n° 72/277³ et n° 78/669⁴ et la directive n° 77/62 dite directive fournitures⁵ modifiée et complétée par la directive n° 80/767⁶.

Au cours des négociations portant sur la directive travaux, la Commission européenne, a voulu faire référence aux entreprises publiques ou privées titulaires des concessions de service public ou bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. En revanche, cette référence a été finalement abandonnée car l'introduction de cette référence visait les secteurs des industries de réseaux. L'idée d'englober dans le champ d'application de cette directive les industries de réseaux, la référence aux entreprises publiques ou aux entreprises privées titulaires de concessions de service public ou bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs ne justifiait pas du fait que les opérateurs étaient fréquemment en situation économique de monopole de fait ou institutionnalisé. Finalement, l'application de ces directives s'est soldée par un échec en raison de mauvaise transposition par les Etats membres mais aussi en raison de faiblesses des directives. D'une part le champ d'application des directives était très limité. Sur le plan matériel il ne couvrait pas les secteurs dits « exclus »

² Direct. n° 71/305 du Conseil, 26 juillet 1971, *JOCE*, n° L 185, 16 août 1971.

³ Direct. n° 72/277 du Conseil, 26 juillet 1972, *JOCE*, n° L 176, 3 août 1972.

⁴ Direct. n° 78/669 du Conseil, 2 août 1978, *JOCE*, n° L 225, 16 août 1978.

⁵ Direct. n° 77/62 du Conseil, 21 décembre 1976, *JOCE*, n° L 13, 15 janvier 1977.

⁶ Direct. n° 80/767 du Conseil, 22 juillet 1980, *JOCE*, n° L 215, 18 août 1980.

à savoir de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications ni les concessions. Sur le plan organique ni les entreprises publiques ni les organismes privés du secteur para-public ne relevaient du champ d'application des directives.

D'autre part, les dispositions notamment en matière de publicité et des délais de présentation des offres et des candidatures et de choix de la procédure de passation étaient inefficaces pour assurer une meilleure concurrence. De plus, dans les directives, il n'existait pas suffisamment des mécanismes de contrôle d'application des directives par les pouvoirs adjudicateurs.

Cet échec a entraîné, dans la perspective du Grand Marché Intérieur, une nouvelle série de directives. D'abord deux directives ont été adoptées par le Conseil à savoir, la directive n° 88/295⁷ portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, modifiant la directive n° 77/62 et abrogeant certaines dispositions de la directive n° 80/767 et la directive n° 89/440⁸ modifiant la directive n° 71/305, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

Ensuite, une directive relative aux procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, dite directive « secteurs spéciaux »⁹ a été adoptée par le Conseil. Ainsi elle couvre à la fois les entreprises publiques et les entreprises auxquelles les Etats accordent des droits spéciaux ou exclusifs.

Enfin, les marchés publics de services ont été intégrés dans le système communautaire par la directive n° 92/50¹⁰. La Commission a proposé, tant dans sa proposition du 13 décembre 1990 que dans sa proposition modifiée du 28 août 1991, lesquelles ont abouti à l'adoption de cette directive, d'inclure la « concession de service public » dans le champ d'application de celle-ci. Cette proposition de la Commission a rencontré des oppositions de certains Etats membres, en particulier de la France, motivées par le fait que les délégations de services publics à caractère contractuel auraient seules été visées, alors qu'autres formes de parte-

⁷ Direct. n° 88/295 du Conseil, 22 mars 1988, *JOCE*, n° L127, 20 mai 1988.

⁸ Direct. n° 89/440 du Conseil, 18 juillet 1989, *JOCE*, n° L 210, 21 juillet 1989.

⁹ Direct. n° 90/531 du Conseil, 17 septembre 1990, *JOCE*, n° L 297, 29 octobre 1990.

¹⁰ Direct. n° 92/50 du Conseil, 18 juin 1992, *JOCE*, n° L 209, 24 juillet 1992.

nariat public-privé ayant le même objet sont beaucoup plus utilisées dans certains Etats membres de la Communauté que d'autres, qui privilégient l'exploitation directe ou la délégation par acte unilatéral. Donc un des arguments évoqués était que le mode de gestion des services publics différant selon les ordres juridiques nationaux, les effets de la directive auraient été inégaux selon les Etats membres. L'autre argument évoqué, le fait que la délégation, si elle ne dépossède pas l'autorité publique de toute ses responsabilités, en transfère une partie au concessionnaire, a été invoqué pour appliquer le principe de *l'intuitus personae* à l'attribution de ces contrats. L'attribution automatique d'un tel contrat serait donc de nature à dissuader les personnes publiques de recourir à la concession de travaux ou de services, dans la mesure où elles craindraient de n'avoir à attribuer le contrat à une entreprise dans laquelle elles n'avaient guère confiance.

Ainsi, le champ d'application de droit européen des marchés publics a été considérablement élargi. Finalement pour une meilleure application de ces directives, deux directives sur les recours ont été également adoptées, à savoir la directive n° 89/665¹¹ 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 des travaux, la directive n° 92/50 a étendu à la passation des marchés publics de service les recours créés par cette directive et la directive n° 92/13¹² portant coordination des procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs spéciaux. Ces deux directives ont opéré une amélioration considérable en ouvrant aux entreprises évincées la possibilité de réparation et à la Commission la possibilité de faire cesser des manquements.

Après les modifications successives, la lecture des directives était difficilement lisible. Afin de la rendre plus claire le Conseil a décidé la refonte des directives. Le 14 juin 1993 il a adopté trois directives¹³ ; la directive n° 93/36 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures qui abroge par son article 33 la directive n° 77/62 y compris les dispositions qui l'ont modifiée, la directive n° 93/37 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux qui abroge par son article 36 la directive n° 71/305 y compris les

¹¹ Direct. n° 89/665 du Conseil, 21 décembre 1989, *JOCE*, n° L 395, 30 décembre 1989.

¹² Direct. n° 92/13 du Conseil, 25 février 1992, *JOCE*, n° L 76, 23 mars 1992.

¹³ Directives n° 93/36, 37, 38 du Conseil, 14 juin 1993, *JOCE*, n° L 199, 9 août 1993.

dispositions qui l'ont modifiée et la directive n° 93/38 portant la coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs spéciaux qui abroge par son article 45-3 la directive n° 90/531.

Afin de l'intégration de l'accord multilatéral sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'Organisation mondiale de commerce, le Parlement européen et le Conseil ont adopté la directive n° 97/52¹⁴ modifiant les trois directives dans les secteurs classiques et de même la directive « secteurs spéciaux » a été modifiée par la directive n° 98/4¹⁵.

Après les réflexions qui ont suivi la publication du Livre vert de 1996 sur les marchés publics, la Commission européenne a adopté le 10 mai 2000, un paquet législatif visant à simplifier, moderniser, clarifier et renforcer le cadre législatif en vigueur relatif aux marchés publics. Ce paquet législatif comporte deux propositions, d'une part une proposition de directive unifiant les trois directives dans les secteurs classiques, à savoir la directive fournitures 93/36, la directive travaux 93/37 et la directive services 92/50 modifiées par la directive n° 97/52, d'autre part une proposition de directive modifiant la directive « secteurs spéciaux » 93/38 modifiée par la directive n° 98/4. Il est actuellement en cours d'examen auprès du Conseil et du Parlement européen.

Ainsi, un cadre législatif pour les marchés publics a été mis en place. Pour garantir la bonne application du droit des marchés publics, il faut que les Etats membres de Communautés européennes assument leur responsabilité bien évidemment en transposant les directives. Quand bien même la directive n'établit pas une réglementation exhaustive car les Etats membres restent libres de maintenir ou d'édicter des règles matérielles et procédurales en matière de marchés publics, à condition de respecter toutes les dispositions pertinentes du droit communautaire et notamment les principes du Traité en vue de réaliser le Grand Marché Intérieur. Alors, la transposition d'une directive n'exige pas nécessairement une reprise formelle et textuelle de ses dispositions. Il faut rappeler que l'objectif du droit des marchés publics est d'ordre économique, c'est-à-dire de mettre en place les conditions d'égale concurrence entre les entreprises communautaires pour l'accès aux marchés publics. Cela exige qu'il y ait la réciprocité dans le respect des règles impliquant une base d'unité entre les Etats membres. Pourtant, il existe des différences entre les Etats, relatives à l'organisation administrative, à la définition

¹⁴ Direct. n° 97/52/CEE, 13 octobre 1997, *JOCE*, n° L 328, 28 novembre 1997.

¹⁵ Direct. n° 98/4/CEE, 16 février 1998, *JOCE*, n° L 101, 1^{er} avril 1998.

de la notion des marchés publics et à l'encadrement juridique des marchés publics.

Il faut préciser là qu'afin de ne pas trop alourdir les obligations des organismes concernés, les directives ne s'appliquent qu'au-dessus de certains seuils. Ces seuils sont exprimés dans une monnaie de référence définie par le Fonds Monétaire International est utilisé dans l'A.M.P. Ces seuils sont ;

- Equivalent en euros de 130 000 DTS actuellement 139 312 euros pour les marchés de services passés par les autorités gouvernementales,
- Equivalent en euros de 200 000 DTS actuellement 214 326 euros pour les marchés de services passés par les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des autorités centrales,
- Equivalent en euros de 200 000 DTS actuellement 214 326 euros pour les marchés de fournitures passés par les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des autorités gouvernementales centrales,
- Equivalent en euros de 130 000 DTS actuellement 139 312 euros pour les marchés de fournitures passés par des autorités gouvernementales centrales,
- Equivalent en euros de 5 000 000 DTS actuellement 5 358 153 euros pour les marchés de travaux,

Le droit des marchés publics s'inspire des droits nationaux. L'existence de la notion de marché public ne pose pas de réelle difficulté. En revanche, l'établissement des contours de la notion de marché public est plus problématique. En effet, la notion de marché public n'est pas homogène. En premier lieu, elle reçoit plusieurs définitions car elle traverse plusieurs ordres juridiques. En second lieu, elle se confond avec des notions contractuelles relativement proches comme les concessions de services ou de travaux publics. On considère que la notion de marché public doit recevoir des éclaircissements quant à son contenu. Par les directives, le droit communautaire a retenu les éléments communs à l'ensemble des définitions du marché public. Selon ces critères, tout marché public est un contrat conclu à titre onéreux et par écrit. Les trois éléments communs à la notion de marché public ne présentent pas de difficultés majeures. Il n'en va pas de même dès que l'on s'intéresse aux spécificités et aux critères qui caractérisent le droit de chaque catégorie de marché public sous l'angle organique ou matériel.

Dans ce contexte, la Cour de justice des Communautés européennes intervient. La jurisprudence de la Cour sur les marchés publics est devenue un « *instrument essentiel pour l'ouverture à la concurrence* »¹⁶. La Cour a fait des efforts considérables en concrétisant des dispositions des directives, en les interprétant d'une méthode fonctionnelle et en les complétant. Elle a ainsi défini dans ses arrêts le champ d'application organique et matériel des directives sur les marchés publics.

Dans ce travail, va être abordé, d'une part, le champ d'application organique du droit européen des marchés publics à la lumière des directives et des apports de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes, et d'autre part, le droit turc des marchés publics, ainsi que sa convergence avec ce droit européen.

En tant que candidate à l'Union européenne, la Turquie a mis en œuvre des réformes en matière de marchés publics afin d'être en conformité avec le droit européen et les normes posées par l'Organisation Mondiale de Commerce (OMC). Avant cette réforme, c'était le Code des marchés étatiques (loi dite 2886)¹⁷ qui régissait cette matière. Actuellement seuls, les actes de ventes, d'échanges, de transports, de locations et les actes qui établissent des droits immobiliers hors propriété sont soumis à ce dernier code.

En revanche, les marchés publics de travaux, de services et de fournitures sont soumis au nouveau code (loi dite 4734)¹⁸. Ce nouveau code régit les marchés publics de travaux, de services et de fournitures jusqu'à leur passation. Après la passation, c'est le Code des contrats des marchés publics (loi dite 4735)¹⁹ qui s'applique. Contrairement au droit français, en droit turc les contrats de marchés publics sont des contrats de droit privé de l'administration. Dans cette étude, de trop longs développements sur le droit turc seront évités puisque le droit européen sera pris comme référence afin de se contenter d'analyser la compatibilité du droit turc avec ce dernier.

¹⁶ Nicolas Michel, 'La jurisprudence de la Cour de justice sur les marchés publics : instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence', *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, n° 3, p. 135.

¹⁷ Adopté le 8 septembre 1983, loi 2886, publié au JO le 10 septembre 1983, no 18161.

¹⁸ Adopté le 4 janvier 2002 et entré en vigueur le 1er janvier 2003 loi 4734, publié au JO le 22 janvier 2002, no 24648, modifié par les lois 4761 adopté le 12 juin 2002, publié au JO le 22.06.2002, no 24793 et 4964 adopté le 30 juillet 2003, publié au JO le 15.08.2003, no 25200.

¹⁹ Adopté le 5 janvier 2002, loi 4735, publié au JO le 22 janvier 2002, no 24648, modifié par la loi 4964, adopté le 30 juillet 2003, publié au JO le 15.08.2003, no 25200.

I- Le Champ d'Application Organique du Droit Européen des Marchés Publics

Le droit communautaire a tendance à définir le champ d'application organique de marchés publics extrêmement large afin de soumettre à la réglementation communautaire toute situation d'attribution de marchés dans laquelle les autorités publiques exercent une influence particulière, que ce soit de façon directe ou indirecte.

Concernant le cocontractant, la réglementation communautaire des marchés publics a vocation à s'appliquer quel que soit le statut public ou privé du cocontractant. Néanmoins il y a des limitations à ce principe en raison de la qualité du cocontractant, à savoir les marchés inter-organiques (une exception jurisprudentielle) et les marchés de services conclus avec les bénéficiaires d'un droit exclusif.

Paragraphe I- Les pouvoirs adjudicateurs

La définition organique du marché public est construite à partir d'un noyau dur, à savoir les collectivités territoriales et l'Etat sont considérés comme des pouvoirs adjudicateurs les organismes de droit public par les directives fournitures et travaux de 1988 et 1989.

La définition organique est allée encore plus loin en considérant comme des pouvoirs adjudicateurs, les concessionnaires de travaux publics, les organismes subventionnés par des personnes publiques, les entreprises publiques et les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.

I. Les Pouvoirs Adjudicateurs Classiques

On entend par pouvoirs adjudicateurs classiques, non seulement l'Etat et les collectivités territoriales qui sont le noyau dur des pouvoirs adjudicateurs mais aussi les organismes de droit public et les associations formées par ces collectivités ou organismes. L'Etat et les collectivités locales ne présentent pas de difficultés majeures. Il n'en va pas de même concernant les organismes de droit public.

Concernant le droit turc, la loi dite 2886 ne comprenait que les marchés de l'Etat et des collectivités locales à l'exception des villages. En droit turc les collectivités locales sont énumérées limitativement dans la Constitution (article 127 alinéa I). D'après cet article, seuls les villes, les

communes et les villages sont des collectivités locales. En revanche, ni les marchés des établissements publics économiques (KÍT) ni ceux des entreprises locales (BÍT) n'étaient soumis à la loi 2886. Après la réforme de 2002, à l'exception des autres établissements publics, ces derniers sont aussi entrés dans le champ d'application du droit des marchés publics.

A- Les Organismes de Droit Public

La notion d'organisme de droit public a été introduite dans le droit des marchés publics par la directive travaux de 1989²⁰. Actuellement, elle figure, avec la même définition, dans chacune des directives marchés²¹. Toutefois un organisme répondant à cette définition n'est considéré comme un pouvoir adjudicateur que pour autant qu'il figure à l'annexe I de la directive travaux à laquelle renvoient les autres directives. La liste peut être modifiée par la Commission après avis du Comité consultatif pour les marchés publics.

Est un organisme de droit public « tout organisme créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, doté de la personnalité juridique et dont soit l'activité est financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle de ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désigné par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.»

Comme la Cour l'a précisé dans l'arrêt *Mannesman*²², les trois conditions énumérées par les directives sont cumulatives. Alors que la condition de la personnalité juridique ne pose pas de problème, il en va différemment de celles liées à l'exercice d'une activité d'intérêt général et à la présence d'un lien avec les collectivités publiques. On va examiner ces deux conditions à la lumière de la jurisprudence de la Cour.

²⁰ Dir. n° 89/440 du Conseil, 18 juillet 1989.

²¹ Art. 1, sous b), al. 2 des directives 92/50, 93/36, 93/37 précitées, art. 1, sous 1), al. 2 de la directive 93/38 précitée.

²² C.J.C.E., 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlengenbau Austria AG e.a. c/ Strohal Rotationsdruck Gesmbh*, aff. C- 44/96.

1- La Création d'un Organisme Pour Satisfaire Spécifiquement un Besoin d'Intérêt Général

Pour identifier un organisme créé pour satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général, la Cour utilise un critère finaliste. Elle interprète deux éléments, d'une part, la notion de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et d'autre part, l'exigence que l'organisme soit « créé pour satisfaire spécifiquement ».

On connaît l'indifférence du droit communautaire à la forme juridique des dispositions créant l'organisme et spécifiant les besoins qu'il doit satisfaire lorsqu'il s'agit d'identifier un pouvoir adjudicateur. Seules sont prises en compte la nature de son activité et les conditions dans lesquelles elle est exercée. A cet égard, une première difficulté a surgi à propos de la reconnaissance du caractère d'intérêt général des besoins concernés.

Dans l'arrêt *Mannesmann* précité rendu sur questions préjudicielles, la Cour s'attache à donner un contenu à la notion de besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

Tout d'abord, elle a précisé que le caractère autre qu'industriel et commercial s'attache bien aux besoins à satisfaire et non à la nature de l'organisme. Dans ses conclusions²³, l'avocat général a défini le caractère d'intérêt général comme des activités qui bénéficient à la collectivité par opposition aux intérêts individuels ou de groupes.

Quant à l'absence de caractère industriel ou commercial, l'avocat général a considéré que « le législateur communautaire a souhaité que (la directive) s'applique aux organismes poursuivant la satisfaction de besoins d'intérêt général dont l'activité échappe en tout ou partie à la logique du marché. Par leur nature qui les désigne comme relevant des missions essentielles dévolues aux pouvoirs publics, certaines activités ne peuvent pas être soumises à un critère de rentabilité ».

Le vocabulaire employé par l'avocat général a été qualifié d'assez imprécis²⁴. La distinction faite entre missions essentielles et missions rentables ne peut pas être considérée comme critère général pour la qualification des besoins car certaines missions essentielles peuvent être

²³ Conclusions Philippe Léger, Rec., p. 173.

²⁴ C. Bréchon-Moulènes et L. Richer, note sous l'arrêt *Mannesmann*, CJEG, juin 1998, p. 239.

soumises à des critères de rentabilité, alors même que des missions non essentielles ne le sont pas.

Finalement, la Cour a fait référence au fait que les missions sont liées à l'ordre public et au fonctionnement institutionnel de l'Etat et aux règles auxquelles l'activité d'intérêt général est soumise.

Dans l'affaire *B.F.I. Holding BV*²⁵ La Cour a considéré qu'en l'occurrence, il ne saurait être contesté que l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères peuvent être considérés comme constituant un besoin d'intérêt général. La satisfaction de ces besoins en cause est nécessaire pour des raisons de santé publique et de protection de l'environnement.

Selon l'avocat général La Pergola, la directive n'a pas entendu se référer à ces catégories uniformes pour toute la Communauté. Donc, c'est une notion qui, en vertu du droit communautaire, renvoie pour définir son champ d'application aux règles nationales.

Dans l'affaire *Ente Fiera*²⁶, la Cour a considéré que l'impulsion pour les échanges qui résultent des foires et des expositions peut être considérée comme relevant de l'intérêt général en revanche, l'office gestionnaire en cause n'est pas un pouvoir adjudicateur car la gestion reposait sur des critères de rendement, d'efficacité et de rentabilité et que l'organisme opérait dans un environnement concurrentiel. La Cour s'est attaché à relever les indices d'un fonctionnement réellement industriel ou commercial de l'exploitation de cette activité. Elle ne s'appuie pas exclusivement sur le caractère intrinsèque de l'activité gérée par l'organisme, elle s'interroge également sur les conditions dans lesquelles cette activité est gérée. De plus, elle prend en considération le fait que l'organisme supporte ou non en dernière analyse un risque financier. Finalement, elle a considéré que l'Ente Fiera ne gérait pas un besoin ayant un caractère autre qu'industriel et commercial puisque même si cet organisme ne poursuivait pas un but lucratif aux termes de son statut, il supportait lui-même le risque de ses activités. Ainsi qu'il ne peut pas être considéré comme un organisme de droit public.

Pour qu'un organisme soit considéré comme un organisme de droit public, l'exigence de satisfaction d'un besoin d'intérêt général ayant un

²⁵ C.J.C.E., 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ B.F.I. Holding BV*, aff. C-360/96.

²⁶ C.J.C.E., 5^e chambre, 10 mai 2001, *Agora SRL et Excelsior SNC c/ Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, aff. Jointes n° C- 223/99 et C-260/99.

caractère autre qu'industriel et commercial ne suffit pas. Encore faut-il que cet organisme ait été créé pour satisfaire spécifiquement ces besoins non industriels et commerciaux

L'avocat général Léger, dans ses conclusions sous l'arrêt *Mannesmann*, donne des explications sur l'expression « créé pour ». Il affirme d'abord que « le but de la création de l'organisme est seul déterminant selon le texte ». Le but se traduit généralement dans l'objet social de l'organisme qui est défini dans l'acte créateur de l'entité, statuts de la société, loi ou décret de l'établissement public. L'avocat général distingue le but réel du but affiché en ajoutant « ce qui compte est naturellement l'objectif effectivement poursuivi. Le but annoncé de satisfaire des besoins industriels ou commerciaux qui dissimuleraient des activités d'intérêt général dans le dessein d'échapper aux règles contraignantes de la loi ne saurait être retenu par le juge national.» et il ajoute encore que « cette condition signifie que c'est l'exercice d'une telle activité qui doit avoir motivé la création de l'organisme ».

Il y a de nombreux organismes qui satisfont spécifiquement, et tout à la fois, des besoins de nature industrielle et commerciale et d'autres qui ne le sont pas.

L'arrêt *Mannesmann* donne des explications sur le sens de cette expression. Selon la Cour « satisfaire spécifiquement » ne veut pas dire que l'organisme satisfasse exclusivement des besoins autres qu'industriels et commerciaux et que peu importe les parts respectives du besoin public et des activités privées. La Cour relève encore que l'organisme litigieux est libre d'accomplir d'autres activités. En revanche, lorsqu'une entité exerce plusieurs activités, elle est considérée comme un pouvoir adjudicateur par conséquent, l'ensemble de ses marchés est soumis aux directives, y compris les marchés portant sur les activités industrielles ou commerciales. Cette globalisation a un caractère dissuasif pour les collectivités ce qu'elle fait de la notion d'organisme de droit public une notion « balai » qui incitera les collectivités à la satellisation de leurs activités²⁷.

L'arrêt *B.FI. Holding* a également confirmé que la qualité d'organisme de droit public ne dépend pas de l'importance relative de la satisfaction de besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans l'activité de l'organisme concerné.

²⁷ C. Bréchon- Moulènes et L. Richer article précité au point 26.

A la lumière des critères apportés par la Cour, le législateur turc a aussi élargi le champ d'application organique des marchés publics. L'analyse de l'article 2 de la nouvelle loi dite 4734 montre que le droit turc est conforme au droit européen car il soumet au Code des Marchés Publics les établissements publics administratif et industriels ou commerciaux sans faire de distinction. Toujours d'après cet article, les marchés de services, de fournitures et de travaux des autorités précisées ci-dessous sont soumis au Code des Marchés Publics. Ces autorités sont les suivantes:

- a- l'Etat et des collectivités locales (hors les villages) et leurs établissements publics,
- b- Les établissements publics économiques composés des entités publiques économiques et des établissements publics nationales,
- c- Les établissements publics de sécurité sociale, des fonds, des personnes morales chargées de service public (sauf les unions professionnelles, les universités et les fondations) et les établissements au budget autonome
- d- Tous les établissements, entités, unions, entreprises et sociétés dont plus de 50% du capital appartient séparément ou en groupement aux établissements précisés aux alinéas (a), (b) et (c)
- e- Les marchés de travaux des banques soumis à la loi 4603, c'est-à-dire "Türkiye Cumhuriyeti Ziraat Bankası, S.A. Türkiye Halk Bankası et S.A. Türkiye Emlak Bankası". En revanche, les marchés de fournitures et de services de ces banques ne sont pas soumis à ce code. De même les marchés de Fonds d'Assurance pour la garantie des épargnes (TMSF), ceux des banques dont une partie ou la totalité des actions appartient à ce Fonds et les entreprises et sociétés menant leurs activités dans le domaine de l'énergie, de l'eau, des transports et de la télécommunication sont exclus du champ d'application du Code.

2- La Condition de Dépendance Etroite vis-à-vis d'un Pouvoir Adjudicateur

Le troisième critère de l'organisme de droit public consiste en la dépendance vis-à-vis d'un pouvoir adjudicateur résultant soit d'un financement public majoritaire, soit d'un contrôle de sa gestion par un pouvoir adjudicateur, soit d'un pouvoir de direction de ce dernier.

a- Financement majoritaire assuré par un pouvoir adjudicateur

Un des critères posés par le droit communautaire pour définir les organismes de droit public assimilables à des pouvoirs adjudicateurs est celui d'un financement assuré majoritairement par ces pouvoirs adjudicateurs.

Dans l'arrêt *Cambridge*²⁸, la Cour précise ce qu'il faut entendre par de financement public et de l'adverbe « majoritairement ». Elle considère que seules doivent l'être les prestations qui financent ou soutiennent les activités de l'entité concernée sans contre-prestation spécifique. Ainsi les bourses ou subventions accordées aux fins de promouvoir des travaux de recherche même si le bénéficiaire de ces financements ne devait pas être l'université elle-même, dès lors qu'elle en profite dans le cadre de ses activités de recherche. Il en va de même des bourses accordées aux étudiants car aucune contrepartie contractuelle de la part de leur université ne leur est liée.

Pourtant, les rémunérations qui constituent la contrepartie de services comme de travaux de recherche, des expertises ou encore l'organisation de conférences ne doivent pas être pris en compte au titre de financement public.

Concernant le contenu de l'adverbe « majoritairement », la Cour considère qu'il signifie plus de la moitié. Selon elle, c'est l'ensemble de l'assiette des produits de l'université y compris des revenus résultant d'une activité commerciale au regard desquels le caractère majoritaire du financement public doit être apprécié.

Quant à la période de temps à prendre en considération pour savoir si le financement est ou non majoritairement public, il y a lieu de considérer une base annuelle et, plus précisément, l'exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation d'un marché doit être lancée en se fondant, le cas échéant, sur un budget prévisionnel.

b- L'existence d'un contrôle de gestion

La Cour a précisé en quoi consiste le contrôle de gestion dans une affaire concernant un manquement de la France, dans l'application de la directive 93/37 relative aux marchés publics de travaux passés par des offices publics d'aménagement et de construction (OPAC) et des sociétés

²⁸ C.J.C.E., 5^e ch., 3 octobre 2000, *The University of Cambridge*, aff. C-380/98.

anonymes d'habitations à loyer modéré (SA HLM) pour la construction des logements sociaux.²⁹

La France, devant la Cour, a admis le caractère d'organisme public des OPAC, mais a contesté celui des SA HLM, estimant que ces sociétés ne remplissaient pas la dernière condition relative à l'existence d'une dépendance étroite. Pour la France, ces organismes sont des organismes de droit privé dont l'activité commerciale n'est ni financée par l'Etat ni contrôlée par lui. Pourtant, elle admet l'existence d'un contrôle administratif qui n'est pas le contrôle de gestion visé par la directive.

La Cour a jugé encore une fois que la notion d'organisme de droit public doit recevoir une interprétation fonctionnelle³⁰. Cette approche l'a conduite à éviter de s'interroger sur le sens du mot de gestion qui était pourtant déterminant pour le gouvernement français. Elle a pris en considération toutes les situations de dépendances des SA HLM à l'égard des pouvoirs publics découlant du Code de la construction et de l'habitation et les différents contrôles exercés par le ministre ou par la mission interministérielle d'inspection du logement social. Ensuite, elle a considéré que ces contrôles créaient une dépendance particulière de ces organismes vis-à-vis des pouvoirs publics et que ceux-ci pouvaient influencer les décisions en matière de marché public. Selon elle, le critère concernant l'existence d'un contrôle de gestion était bien satisfait, par conséquent les SA HLM sont des organismes de droit public et par là des pouvoirs adjudicateurs.

c- L'existence d'un pouvoir de direction

La désignation par l'Etat, une collectivité publique ou des organismes de droit public de plus de la moitié des membres composant les organes délibérants chargés de diriger l'activité de l'organisme considéré, manifeste de la part d'une autorité publique un contrôle majoritaire de ses instances de direction. Ce qui signifie qu'une ou plusieurs autorités publiques contrôlent la direction de cet organisme.

Du point de vue technique et pratique, ce point ne présente aucune difficulté de mise en œuvre. Il suffit de se référer aux modalités de désignation des membres des organes de direction, d'administration ou de surveillance propres à l'organisme considéré.

²⁹ C.J.C.E., 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, aff. C-237/99.

³⁰ Dans les arrêts précités, *Mannesman, B.F.I. Holding* et C.J.C.E., 17 décembre 1998, *Commission c/Irlande*, aff. C- 353/96.

En ce qui concerne l'application du critère de dépendance étroite vis-à-vis d'un pouvoir adjudicateur en droit turc, les traits communs des établissements publics à savoir l'existence d'une personnalité juridique, la soumission au contrôle de tutelle, l'existence d'une certaine autonomie, d'un budget et des patrimoines distincts³¹, nous permettent de dire qu'ils satisfont parfaitement à ce critère.

II. L'élargissement de la Notion de Pouvoirs Adjudicateurs

Pour soumettre les marchés des organismes à des règles de mise en concurrence, le droit communautaire prend en considération leur réalité économique et financière d'une part, et l'influence dominante des personnes publiques à leur égard d'autre part. La qualification juridique des personnes n'est pas importante par leur soumission à la réglementation des marchés publics. D'ailleurs, c'est ce réalisme qui a permis de concilier la diversité des situations existantes dans les Etats membres de l'Union européenne.

Dans cette logique, la réglementation communautaire couvre dans les directives classiques les marchés des concessionnaires de travaux publics et ceux des organismes subventionnés par des personnes publiques d'une part, et dans les secteurs spéciaux, elle couvre les marchés passés par des entreprises publiques et les personnes bénéficiant de droit spéciaux ou exclusifs, d'autre part.

A- Les Organismes visés dans les Directives « Travaux » et « Services »

Le champ d'application organique des directives travaux et services a été étendu aux marchés des organismes subventionnés par des personnes publiques. Pour la directive travaux, il a encore été étendu aux marchés des concessionnaires.

1- Les Organismes Subventionnés par des Personnes Publiques

Les directives s'appliquent aux marchés passés par un pouvoir adjudicateur. En revanche, dans certains cas elles s'appliquent également à des personnes qui n'ont pas la qualité de pouvoir adjudicateur afin de prévenir les pratiques des pouvoirs adjudicateurs qui tendraient à éluder par le biais de subvention l'application des règles communautaires. Il

³¹ M., Günday, İdare Hukuku, 8. baskı, Ankara, 2003, s.467-468.

s'agit souvent d'une personne privée. Cette dérogation au principe selon lequel les directives s'appliquent aux marchés passés par un pouvoir adjudicateur, est prévue par les directives travaux et services.

La directive travaux dans son article 2 §1 prévoit que « les pouvoirs adjudicateurs doivent faire respecter les dispositions de la présente directive lorsqu'ils subventionnent directement à plus de 50% un marché de travaux passé par une entité autre qu'eux-mêmes ». Et l'article 3 §3 de la directive dispose que « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que les pouvoirs adjudicateurs respectent ou fassent respecter les dispositions de la présente directive lorsqu'ils subventionnent directement plus de 50% un marché de services passé par une entité autres qu'eux-mêmes en liaison avec un marché de travaux au sens de l'article 1^{er} bis par.2 de la directive n°71/305 ».

En revanche, cette extension comporte des limites. D'une part, elle ne concerne que les marchés figurant dans la classe 50 groupe 502 de la nomenclature générale des activités dans les Communautés européennes (NACE) et les marchés qui portent sur les travaux de bâtiments relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif. C'est ainsi que les travaux relatifs à la construction de logements sociaux même lorsqu'ils bénéficient d'aides étatiques, qu'ils soient destinés à la location ou à la vente échappent à la directive. D'autre part, ne sont soumis à la directive que les marchés subventionnés à plus de 50%.

Qu'est-ce qu'il faut entendre par « subvention » ?

Le terme de subvention est plus restrictif que celui de financement retenu initialement qui recouvrait des aides autres que des subventions telles que des prêts avec bonification d'intérêts, des avantages fiscaux, ou la mise à disposition de terrains à des conditions favorables.

Enfin, il faut que le subventionnement émane directement du pouvoir adjudicateur et concerne spécifiquement l'opération faisant l'objet du marché. Alors, lorsqu'il s'agit d'une subvention de caractère général ne comportant pas d'affectation précise, n'entraîne pas l'application des règles communautaires aux marchés passés par l'organisme subventionné. Comment les pouvoirs adjudicateurs peuvent-ils faire respecter la directive par les bénéficiaires de leurs subventions? Soit par la voie contractuelle lorsque l'octroi de la subvention fait l'objet d'une convention, soit par le biais d'une condition au respect de laquelle seront subordonnés l'octroi unilatéral de la subvention et son non-remboursement.

2- Les Concessionnaires de Travaux Publics

La directive travaux 89/440 a étendu le champ d'application des pouvoirs adjudicateurs en soumettant les marchés des concessionnaires de travaux à des règles spécifiques qu'elle édicte.

Les concessionnaires de travaux publics, qu'ils soient ou non pouvoirs adjudicateurs sont visés par la directive lorsqu'ils passent eux-mêmes des marchés ; dans le premier cas, l'obligation s'explique par le statut de pouvoir adjudicateur, dans le second, elle pourrait être justifiée par l'idée de délégation d'autorité qui sous-tend la notion de concession. Mais dans ce cas le concessionnaire autre qu'un pouvoir adjudicateur, devrait être concerné, qu'il s'agisse d'une personne publique ou privée, qu'il exerce une activité administrative ou commerciale, y compris les établissements publics industriels et commerciaux et les entreprises à statut privé³².

Pour que les dispositions particulières aux marchés des concessionnaires s'appliquent, il faut que ceux-ci n'aient pas déjà eux-mêmes la qualité de pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, en effet leurs contrats de sous-traitance sont soumis à l'intégralité des dispositions communautaires, et non pas seulement à des règles de publicité.

Quant à la qualité du titulaire du marché, il doit avoir la qualité de tiers par rapport au concessionnaire. Ne sont pas considérées comme tierces, les entreprises qui se sont groupées pour obtenir la concession ainsi que celles qui leur sont liées. Il s'ensuit deux conséquences ; le concessionnaire est dispensé de publier un avis pour les marchés confiés aux dites entreprises groupées ou liées, en revanche les marchés ainsi attribués à des entreprises groupées ou liées ne pourront être comptabilisés comme satisfaisant à l'exigence ou à la promesse de sous-traitance prévue à l'article 3-2 de la directive travaux 93/37. La notion d'entreprise liée vise trois hypothèses distinctes qui se réfèrent au droit des sociétés. Est une entreprise liée ou concessionnaire privé de travaux publics ; l'entreprise qui est une filiale du concessionnaire ou bien dont le concessionnaire constitue une filiale, ou bien l'entreprise qui constitue, au même titre que le concessionnaire, une filiale de la société-mère. La filialisation se définit grâce à la notion d'influence dominante.

Selon l'article 3-4 de la directive travaux, on entend par entreprise liée toute entreprise sur laquelle le concessionnaire peut exercer, directe-

³² C. Bréchon-Moulènes, 'La nouvelle directive communautaire sur la passation des marchés publics de travaux', *R.F.D.A.*, 1989, p. 834.

ment ou indirectement, une influence dominante, ou toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur le concessionnaire ou qui, comme le concessionnaire, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise du fait de la participation financière ou des règles qui la régissent. L'influence dominante est présumée lorsqu'une personne directement ou indirectement, à l'égard d'une autre personne, détient la majorité de son capital, ou dispose de la majorité des voix attachées aux parts émises par elle ou peut désigner plus de la moitié des membres de son organe d'administration, de direction ou de surveillance.

Le code turc ne comprend aucune disposition prévoyant l'obligation ni pour les concessionnaires de travaux publics ni pour les organismes subventionnés par des personnes publiques de soumettre leurs marchés à des règles de mise en concurrence. Ce qui n'est pas conforme au droit européen

B- Les Entités Adjudicatrices dans la Directive « Secteurs Spéciaux »

L'expression entité adjudicatrice qui est retenue par la directive secteurs spéciaux comprend, outre les pouvoirs publics, comme dans le cas des directives travaux, fournitures et services, à savoir, l'Etat, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public, d'une part, les entreprises publiques et d'autre part, les personnes bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs.

1- Les Entreprises Publiques

L'article 90 du Traité CEE soumet toutes les entreprises publiques au respect des règles de la concurrence au même titre que les entreprises privées. Néanmoins, il prévoit des exceptions. L'une des exceptions prévue à l'article 90-2 permet de les soustraire au respect des règles de la concurrence.

Selon l'article 90-2, l'Etat peut charger certaines entreprises de la gestion de services d'intérêt économique général, en leur conférant des droits exclusifs et en les soustrayant à l'application des règles du Traité, en particulier celles relatives à la concurrence, dans la mesure où cela s'avère nécessaire et fonctionnel pour l'accomplissement des tâches d'intérêt économique général qui leur ont été imparties.

En effet, les entreprises publiques qui interviennent dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports ou des télécommunications sont

chargées d'une mission d'intérêt général, par conséquent le Traité autorise ces entreprises à déroger aux règles de la concurrence. Mais cette exception ne trouve pas à s'appliquer pour les marchés publics intervenant dans les secteurs des industries de réseaux. Et cela nous montre une fois de plus la volonté du législateur communautaire d'assujettir le maximum d'achats au respect des règles sur les marchés publics.

Le législateur communautaire a fait référence, pour cerner la notion d'entreprise publique, à la définition qui avait déjà été élaborée à l'article 8 de la directive n°80/723³³ relative à la transparence des relations financières entre les Etats membres et les entreprises publiques.

La directive 93/38 dans son article 1-2, définit les entreprises publiques comme « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics 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 les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise, détiennent 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 ». Ces indices alternatifs, laissant présumer l'influence dominante des pouvoirs publics sur l'entreprise rappelle les critères de la notion d'organisme de droit public. Mais la comparaison de l'entreprise publique avec l'organisme de droit public s'arrête là car on peut dégager de cette disposition trois traits qui nous permettent de distinguer les entreprises publiques des organismes de droit public.

En premier lieu, à la différence de l'organisme de droit public, la notion d'entreprise publique n'est nullement liée à l'existence d'une personnalité juridique. En revanche, le fait qu'un organisme de droit public dispose de la personnalité morale ne fait pas obstacle à sa qualification d'entreprise publique.

En second lieu, pour qu'un organisme soit considéré comme une entreprise, l'existence de l'influence dominante est suffisante. Les entreprises publiques se caractérisent par le fait que les pouvoirs publics peuvent intervenir dans leur gestion. Il suffit pour cela d'une possibilité d'influence, et cette possibilité existe toujours lorsque l'Etat détient la majorité du capital social. L'influence dominante peut résulter des règles

³³ Directive n°80/723 du 25 juin 1980, J.O.C.E. 29 juillet 1980, n° L.195.

qui régissent l'entreprise. D'ailleurs, la directive, elle-même, instaure une présomption d'influence dominante tirée des critères alternatifs.

Enfin, la différence essentielle des organismes de droit public, c'est que la notion d'entreprise publique n'exclut pas les activités industrielles et commerciales. Donc, les établissements publics industriels et commerciaux sont soumis à des règles de mise en concurrence pour la passation de leurs marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des télécommunications et des transports. Ainsi en droit français les établissements publics locaux à caractère industriel et commercial ou non, ils sont tous soumis au Code des marchés publics, par là à des règles de mise en concurrence. Quant aux E.P.I.C. de l'Etat, ils ne sont pas intégrés au Code des marchés publics. En revanche, la soumission à des règles de mise en concurrence dans les secteurs spéciaux est opérée par l'article 1^{er} 3^o de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992. L'article 8 de la loi dite MURCEF³⁴ du 11 décembre 2001 a étendu le champ d'application du dispositif de publicité et de mise en concurrence prévu par l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991³⁵. Désormais, les marchés de travaux passés par les E.P.I.C. de l'Etat sont aussi soumis à des règles de mise en concurrence.

Comme déjà indiqué au regard de l'article 2 du Code turc des Marchés publics, les établissements publics économiques composés des entités publiques économiques et des établissements publics étatiques et tous les établissements, entités, unions, entreprises et sociétés dont plus de 50% du capital qui appartiennent séparément ou ensemble aux établissements précisés aux alinéas (a), (b) et (c) relèvent du champ d'application du Code. En revanche, les entreprises et sociétés menant leurs activités dans le domaine de l'énergie, de l'eau, des transports et de la télécommunication sont exclues du champ d'application du Code ne sont pas soumises non plus à la loi 2886. Pourtant, elles ont des réglementations spécifiques prévoyant des procédures semblables à celles de CMP³⁶.

2- Les Entités Bénéficiant de Droits Spéciaux ou Exclusifs

La directive « secteurs spéciaux » s'applique également aux entités

³⁴ La loi n° 2001/1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, J.O., 12 décembre 2001, p. 19703.

³⁵ La loi n° 91/3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, J.O., 5 janvier 1991, p.236.

³⁶ Par exemple l'entreprise publique TEDAŞ menant ses activités dans le secteur de l'électricité a une réglementation spécifique pour ses marchés.

adjudicatrices « qui, lorsqu'elles ne sont pas de pouvoirs publics ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées, ou plusieurs activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un Etat membre³⁷ ».

En soumettant ces entités à la réglementation communautaire, le législateur a voulu assurer une meilleure concurrence, car, ces entités pourraient être dans une situation favorable au regard de la concurrence, du fait des droits spéciaux ou exclusifs.

Cependant, la directive ne donne aucune définition des droits spéciaux ou exclusifs. Elle précise que ces droits spéciaux ou exclusifs peuvent résulter d'une autorisation accordée par une autorité compétente de l'Etat membre concerné, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité relevant de ses dispositions.

L'autorisation créatrice de droits spéciaux ou exclusifs peut émaner d'une personne morale de droit privé au cas où elle est autorisée à prendre des actes administratifs en vertu des prérogatives exorbitantes.

La directive, dans son article 2-3, a, indique, à titre d'exemple, que les droits spéciaux ou exclusifs peuvent consister dans le bénéfice de la procédure d'expropriation, de servitudes ou de droits d'occupation de la voie publique.

La qualification d'entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs s'étend aux organismes qui alimentent en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. (art.2-3, b)

La notion de droit spécial ou exclusif désigne un droit accordé discrétionnairement par l'Etat. Il se distingue, à ce titre, d'une simple autorisation administrative. Est-ce que le contrat de concession de service public confère des droits spéciaux ou exclusifs ?

Le projet de directive visait expressément l'obtention des droits spéciaux ou exclusifs par le biais d'un contrat de concession. En revanche, le texte définitif n'envisage plus que l'autorisation unilatérale, ce qui semblerait exclure catégoriquement, selon, D. Berlin, le contrat de concession comme un instrument pour conférer des droits spéciaux ou exclusifs³⁸.

³⁷ Art. 2§2 point b) de la directive 93/38 précitée.

³⁸ D. Berlin, 'Commentaire de la directive n°90/531', *A.J.D.A.*, 20 janvier 1991, p. 17.

En contrepartie des droits spéciaux ou exclusifs, l'Etat bénéficie de certains privilèges à l'égard de l'entreprise bénéficiaire. L'Etat est en droit d'imposer à ladite entreprise le respect d'un certain nombre d'obligations ou d'obtenir qu'elle exerce une activité en contrepartie desquelles l'entreprise reçoit précisément l'exclusivité ou un droit spécial.

De ce fait, l'entreprise est sous influence de l'Etat lorsqu'elle passe un marché. C'est la raison pour laquelle, la Commission a souhaité soumettre ces entreprises à la réglementation sur les marchés publics. Selon L. Richer, il faut entendre la notion d'Etat susceptible d'octroyer ce droit spécial ou exclusif le plus largement possible. Selon lui, il faut assimiler les collectivités territoriales et les établissements publics à l'Etat³⁹.

Le législateur turc a prévu à l'article 22/a, la non application du CMP aux entités qui sont en situation de monopole. En revanche, il n'a pas donné de pouvoir adjudicateur aux entités bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs. Comme déjà souligné plus haut à propos des entreprises publiques, les entreprises et sociétés menant leurs activités dans le "secteurs exclus" sont exclues du champ d'application du Code mais elles ont des réglementations spécifique avec obligation de mise en concurrence.

Paragraphe II- Le Cocontractant

La réglementation communautaire des marchés publics s'applique quel que soit le statut public ou privé du cocontractant. Pour qu'un marché relève de la réglementation communautaire, il faut qu'il soit passé entre l'un des pouvoirs adjudicateurs visés par les directives et soit un entrepreneur dans la directive travaux, soit un fournisseur dans la directive fournitures, ou encore un prestataire dans la directive services.

Le cocontractant peut être une personne physique ou morale de même qu'un groupement. A ce propos les directives prévoient que les groupements d'entrepreneurs ou de prestataires sont autorisés à soumissionner⁴⁰. La transformation de tels groupements dans une forme juridique déterminée ne peut être exigé pour la présentation des offres. Toutefois, le groupement retenu peut être contraint d'assurer cette transformation si le marché lui est attribué dans la mesure où cette transposition est nécessaire à la bonne exécution du marché.

³⁹ In. Christine Bréchon-Moulènes (dir.), *Droit des marchés publics*, Paris, Ed. du Moniteur, 1994, p. II.520.2.

⁴⁰ Art. 21 de la directive travaux 93/37 et art 18 de la directive fournitures 93/36.

Les directives travaux et fournitures ne précisent pas le statut juridique du cocontractant. Il en va différemment en matière de services. La directive services se prononce expressément sur la question (dans son article 1^{er}, c) en disposant que « le prestataire de services est toute personne physique ou morale, y inclus un organisme public qui offre des services ». Ainsi sont soumis à la directive les prestataires relevant de l'Etat et des collectivités territoriales et les prestataires ayant la qualité d'organismes de droit public.

Même si les directives travaux et fournitures ne se prononcent pas sur le statut juridique des titulaires de marchés, il faut rappeler que le droit communautaire a une approche réaliste tant sur le plan des pouvoirs adjudicateurs que sur des titulaires de marchés, c'est la nature de l'activité en cause ce qui compte pour le droit communautaire et non celle des organismes qui la prennent en charge.

La notion d'entrepreneur en droit communautaire est très large. Elle comprend non seulement les seules entreprises de droit privé mais aussi toutes les structures qui gèrent une activité économique. La Cour a précisé la qualité d'entrepreneur dans son arrêt *Scala 2001* en considérant que la directive n'exige pas que, pour être qualifié d'entrepreneur, le cocontractant soit en mesure de réaliser directement la prestation convenue avec ses propres ressources. Un lotisseur, et plus généralement toute personne qui se charge de réaliser des travaux, peut donc être un entrepreneur au sens de la directive travaux⁴¹. Au terme de son analyse la Cour vient ainsi à la conclusion que la réalisation directe d'équipements par un lotisseur constitue un marché public de travaux au sens de la directive, pour la passation duquel le pouvoir adjudicateur doit respecter les procédures prévues par cette directive. La Cour indique que la directive n'impose pas que la mise en concurrence soit effectuée par l'autorité publique elle-même, mais qu'elle peut l'être par le lotisseur.

Si certaines directives autorisent les marchés entre personnes publiques, leur champ d'application connaît toutefois des limites.

En droit turc, il n'y a pas disposition spécifique concernant le cocontractant, en revanche, il y a une disposition pour les personnes qui ne peuvent pas participer à l'adjudication. Donc *a contrario* à l'exception de ces personnes, toute personne peut être le cocontractant de l'administration. Il n'y a pas de limitation pour la candidature des personnes

⁴¹ C.J.C.E., 12 juillet 2001, *Ordine Degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, Piero De Amicis et autres et Comune di Milano*, aff. C-399/98.

physiques et morales. D'après l'article 14 du CMP, les groupements peuvent également porter leur candidature à l'attribution des marchés. L'article 11 prévoit que les familles et les associés des membres de la commission d'appel d'offres, les entités au sein de l'administration qui organise l'appel d'offre, les fondations, associations, unions, caisses etc. concernant l'administration en question et les entreprises dont elles sont associées ne peuvent pas participer à l'adjudication organisé par ladite administration. Il y a eu de nombreuses réticences concernant l'application de cette interdiction aux entreprises locales⁴². En effet, les entreprises locales pourraient également être candidate à l'attribution des marchés non seulement des autres collectivités locales mais aussi à celui de la collectivité locale fondatrice ou associée à condition qu'elles respectent les règles de concurrence.

A- Les Marchés Passés Avec des Personnes Publiques

Les Etats de l'Union européenne ont entrepris de profondes réformes de leur services publics afin de dépenser moins tout en fournissant des services plus nombreux et d'une meilleure qualité.

Pour cela, les pays avaient des moyens qui leur permettaient d'obtenir une prestation sans libéraliser une activité. Un de ces instruments était les marchés internes par lesquels, les entités administratives, relevant ou non de la même personne morale, passent entre elles des contrats pour la fourniture de certains services.

1- La Possibilité de Passer des Marchés avec des Personnes Publiques

Dans le cadre de la rénovation de la gestion des administrations comme en France dans le domaine de la décentralisation (coopération horizontale ou coopération verticale), les recours au contrat entre personnes publiques se sont multipliés.

Ainsi les collectivités publiques ont intervenus dans la procédure de passation des marchés publics comme candidates à l'attribution du contrat. Cette évolution a déjà été actualisée par la directive services 92/50. Comme on l'a déjà précisé, elle définit a notion de prestataire de services comme désignant « toute personne physique ou morale, y inclus un

⁴² A.Acar, "Belediye Şirketlerinin Kamu İhale Kanunu Karşısındaki Durumu (II)", Mali Hukuk, Ocak-Şubat 2003, sayı 103, s.23, A.Şimşek-M.Altun, "İhale Kanunu ile Getirilen Değişikliklerin İncelenmesi", Mali Hukuk, Kasım-Aralık 2002, ayı 102, s.102.

organisme public qui offre des services. Car les marchés de travaux et fournitures ne font que rarement l'objet de contrats entre collectivités publiques, à l'exception des commandes faites à l'UGAP en France par les administrations.

Mais la Cour de justice est allée au-delà de la directive services en considérant un contrat de fournitures passé entre deux personnes publiques comme un marché public, malgré l'absence de dispositions expresses en ce sens⁴³. Dans ses conclusions⁴⁴ l'avocat général Cosmas considère que « la procédure de la directive 93/36 doit être respectée. La commune devrait donc se conformer aux dispositions visant à protéger la concurrence lorsqu'elle choisit son cocontractant sans aucune exception, même si l'on considère que l'AGAC est un organisme de droit public au sens de la directive 93/36, parce que, cette directive ne prévoit pas de dérogation analogue à celle contenue dans l'article 6 de la directive 92/50 pour la passation de marchés publics de fournitures avec d'autres pouvoirs adjudicateurs ».

On peut supposer qu'il en aille de même pour les marchés de travaux. Aucun texte ni en droit français ni en droit communautaire, et aucun principe n'interdisent, en raison de sa nature, à une entité publique de se porter candidate à l'attribution d'un contrat de gestion déléguée d'un service public, d'une concession de service public ou d'un marché public. Ainsi, le nouveau code français des marchés publics en a tiré les conséquences en prévoyant que tous les marchés quel que soit le statut public ou privé du cocontractant sont soumis au nouveau code.

Le Conseil d'Etat français avait aussi participé à cette approche extensive. Dans une décision⁴⁵, il a ainsi qualifié de marché public de services, au sens du droit communautaire, une convention relative à l'exploitation d'un service assainissement conclue entre une communauté de communes et un syndicat mixte. En revanche, selon le Conseil d'Etat, un tel contrat n'avait pas à être soumis au Code des marchés publics étant donné qu'il était conclu entre deux établissements publics de coopération intercommunale dont l'un est adhérent à l'autre et qui contractent pour gérer, par leurs moyens communs, un service entrant dans le champ d'application de leurs compétences.

⁴³ C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, aff. C-107/98.

⁴⁴ Conclusions rec. I. 8121.

⁴⁵ C.E., Section, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont de Barr*.

Plus récemment le Conseil d'Etat a confirmé la liberté de candidature des établissements publics à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public⁴⁶. Dans l'avis *Jean-Louis Bernard Consultants*, le Conseil d'Etat français a confirmé qu'aucun texte, ni aucun principe n'interdit à une personne publique de se porter candidate à l'attribution d'un marché public.

La Cour de justice des Communautés européennes a souvent rappelé que le Traité n'instaure aucune discrimination a priori entre les entreprises privées et les entreprises publiques pour participer à la procédure de passation d'un marché public. La rupture d'égalité entre les candidats ne peut que résulter de situations particulières qui doivent être analysées cas par cas.

L'ancien code turc prévoyait dans son article 71, une procédure simple sans mise en concurrence pour les marchés passés entre les personnes publiques. En revanche, dans le nouveau code il n'y a pas de disposition dans ce sens et comme on l'a déjà indiqué, il n'y a pas non plus de limitation concernant la possibilité de passer des marchés publics entre les personnes publiques car toute personne physique ou morale peut être le cocontractant de l'administration. D'autre part le législateur turc prévoit dans l'article 13/e certaines exclusions concernant des marchés de fournitures et de services passés avec les établissements sociaux tels que les établissements sociaux pour les enfants et pour les personnes âgées, les écoles et les centres soumis au Ministère de l'Education Nationale, les établissements pénitenciers, l'établissement assurant le transport dans la voie ferrée (TCDD à l'instar de SNCF), l'office public central de fournitures (DMO à l'instar de UGAP), les instituts et centres agricoles, l'établissement fournisseur de l'essence et des moyens de transports et l'entreprise de l'imprimerie soumis au Premier Ministère. Les fondements de ces exclusions relèvent d'une part, du fait que le cocontractant de l'administration soit en situation de monopole à l'instar de TCDD d'autre part, de la volonté de l'Etat d'assurer la productivité des établissements sociaux et éducatifs.

En revanche, afin d'assurer la libre concurrence, les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de faire respecter les règles de concurrence. Alors, il faut préciser les contours de ce droit.

⁴⁶ C.E., avis, 8 novembre 2000, *Jean-Louis Bernard Consultants*, C.E., 16 octobre 2000, *Compagnie méditerranéenne des services d'eau*.

2- Le Respect aux Règles de Concurrence

Dans l'affaire *Teckal*, l'avocat général Cosmas considère qu'en l'espèce la directive 93/36, ne permet pas de déroger à la procédure, indépendamment du point de savoir si le marché est passé entre un pouvoir adjudicateur et un organisme qui est aussi un pouvoir adjudicateur car elle ne prévoit pas de dérogation analogue à celle contenue dans l'article 6 de la directive 92/50.

La Cour a implicitement décidé la participation d'une personne publique à la procédure en refusant la dérogation de la procédure d'appel d'offres par le pouvoir adjudicateur. La cour a confirmé sa position dans l'affaire *Arge Gewässerschutz*⁴⁷. Elle a admis que le principe d'égalité de traitement ne faisait pas obstacle à ce que soit admis à participer à une procédure de passation d'un marché public un organisme subventionné. Ce principe impose aux pouvoirs adjudicateurs de ne pas écarter la candidature d'un opérateur du seul fait qu'il bénéficie de subventions.

La Cour a précisé que « si le législateur communautaire avait l'intention d'obliger les pouvoirs adjudicateurs à exclure de tels soumissionnaires, il l'aurait expressément énoncée ».

D'ailleurs, les directives ne prévoient pas qu'un soumissionnaire soit exclu au motif qu'il perçoit des subventions publiques.

En effet, les pouvoirs adjudicateurs doivent veiller à ce qu'il n'y ait pas de discrimination entre les différents prestataires de services, notamment en relevant des situations privilégiées qui pourraient découler de dispositions incompatibles avec le Traité. Alors, ils doivent faire respecter les règles de la concurrence ainsi que les exigences de l'égal accès aux marchés publics. Si la recomposition des coûts révèle que l'offre est contraire à la concurrence du fait de subventions non autorisées, les pouvoirs adjudicateurs peuvent écarter ainsi les offres anormalement basses comme l'a prévu les directives.

La Cour réserve toutefois la possibilité d'écarter une candidature au seul motif que l'entité bénéficierait d'aides non conformes au traité. Pourtant ce n'est pas une obligation mais une faculté.

Ce sont des pouvoirs adjudicateurs qui doivent faire respecter les règles de concurrence. Mais comment ce respect sera-t-il concrètement

⁴⁷ C.J.C.E., 6e chambre, 7 décembre 2000, *Arge Gewässerschutz*, aff. C-94/99.

assuré? Cette situation suscite des doutes⁴⁸. La prohibition et la sanction de l'abus du droit de concurrencer peuvent satisfaire les exigences du principe d'égalité et de libre concurrence appliqués à l'accès aux marchés publics. Par conséquent, une personne publique candidate à l'attribution d'un marché public doit établir sa proposition de prix en intégrant la totalité de ses coûts et en neutralisant les ressources et les moyens dont elle bénéficie au titre de sa mission de service public. Elle peut en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information appropriée.

La participation aux procédures d'attribution des marchés publics d'opérateurs publics ou d'opérateurs subventionnés n'est pas proscrite par principe. En revanche, la contrepartie en est que les opérateurs ainsi admis sur le marché n'utilisent pas les avantages structurels dont ils sont dotés pour fausser la concurrence.

L'activité commerciale doit donc être distinguée des missions de service public dont les ressources et moyens ne doivent pas être utilisés pour obtenir un prix de la prestation inférieur au coût de revient réel.

B- Exceptions au Principe de l'Indifférence de la Qualité du Cocontractant

Le principe de l'indifférence de la qualité du cocontractant a été remis en cause par deux exceptions, à savoir, les marchés dénommés « in house » et les marchés de services avec les bénéficiaires d'un droit exclusif.

1- Les Marchés Dénommés « In House »

Cette exception résulte exclusivement de la jurisprudence communautaire. Elle a apparue dans les conclusions de l'avocat général Antonio La Pergola sur l'affaire *B.F.I. Holding*⁴⁹. Pourtant, elle n'a pas reprise dans l'arrêt car, cela n'était pas nécessaire à la solution.

Ensuite elle est confirmée dans l'arrêt *Teckal* précité. Enfin elle est explicitement prononcée par la Cour dans l'affaire *Arge Gewässerschutz*.

⁴⁸ P. Soler-Couteaux, 'Note sous avis du Conseil d'Etat, *Jean-Louis Bernard Consultants* précité', *Contrats et Marchés publics*, janvier 2001, p. 16.

⁴⁹ C.J.C.E., 10 novembre 1998, *B.F.I. Holding* précité.

Le gouvernement français a transposé cette exception jurisprudentielle par la réforme opérée par le décret du 7 mars 2001, n° 2001-710, portant code des marchés publics. Selon l'article 3, 1°, nouveau du code des marchés publics « les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux contrats conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 (à savoir l'Etat et ses établissements publics ayant un caractère autre qu'industriel et commercial et les collectivités locales et leurs établissements publics) avec un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ».

Il ressort de la jurisprudence de la Cour et de cet article du nouveau code que pour apprécier le caractère « in house » d'un marché, il faut constater l'existence de deux critères cumulatifs ; l'un, le critère du contrôle du pouvoir adjudicateur et l'autre, le critère du destinataire de l'activité du cocontractant.

Le nouveau Code turc de Marchés Publics contrairement à la loi dite 2886 ne prévoit pas de procédure simple pour les marchés passés entre personnes publiques. Il ne prévoit pas non plus l'exclusion des marchés dénommés « in house » de son champ d'application. D'ailleurs, comme on l'a déjà indiqué c'est une exception jurisprudentielle et le législateur turc n'a pas souhaité la transposer contrairement au législateur français.

a- Le critère du contrôle du pouvoir adjudicateur

La notion a apparu dans les conclusions de l'avocat général La Pergola sur l'arrêt *B.F.I. Holding*, sans être reprise dans l'arrêt. La Cour a été saisie d'un contrat passé entre deux communes et une société de droit privé en l'espèce, Société ARA créée par ces dernières dans le but de lui confier la collecte et le traitement des ordures ménagères. L'avocat général La Pergola a précisé que les directives communautaires ne s'appliquaient pas à des formes d'organisation d'administrative comme celle du cas d'espèce où la Société ARA peut être par nature rattachée à la notion d'organe de l'administration publique dans la mesure de sa totale dépendance à la volonté des communes en ce qui concerne tant ses ressources que la composition de ses organes dirigeants, c'est-à-dire la société délégataire n'a pas la nature d'un tiers par rapport aux deux com-

munes. Par conséquent, le rapport qui lie les communes et ARA ne peut pas être considéré comme un marché au sens de la directive.

Cette précision a été reprise par avocat général Cosmas dans ses conclusions sur l'affaire *Teckal*. Il précise également que le cocontractant du pouvoir adjudicateur doit avoir effectivement la qualité de tiers par rapport à ce dernier, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une personne distincte de lui.

Dans cette affaire la Cour a confirmé que la directive 93/36 s'applique lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de conclure un contrat avec une personne juridiquement distincte de lui. Ensuite elle a précisé qu'il ne peut aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent. Ainsi les critères fondamentaux et leur caractère cumulatif ont été dégagés. Il ressort de l'arrêt *Teckal* que le cocontractant doit être distinct de pouvoir adjudicateur sur le plan formel et autonome par rapport à lui sur le plan décisionnel pour que la directive soit applicable.

Ensuite, l'avocat général P. Léger consacre de longs développements à chaque critère dans ses conclusions sur l'arrêt *Arge Gewässerschutz*. Les conclusions soulignent que si l'existence d'une entité distincte est aisée à identifier, la mesure du degré d'autonomie dont dispose l'entité n'est pas simple à réaliser ; « La nature du contrôle exercé par une collectivité sur un organisme juridiquement distinct ou le niveau à partir duquel on est en droit de considérer que celui-ci réalise l'essentiel de son activité avec l'autorité publique dont elle dépend peuvent susciter de sérieuses hésitations ».

Dans l'appréciation du contrôle du pouvoir adjudicateur, l'existence d'une participation publique majoritaire est déterminant mais il peut également être tenu compte de la composition des organes de décision de l'organisme.

Bien évidemment, pour qu'un contrat échappe au champ d'application de la directive, il faut que le pouvoir adjudicateur, qui sollicite de l'opérateur la réalisation de différents services, soit précisément la collectivité qui exerce sur lui un contrôle étroit. En revanche, une relation contractuelle entre une autorité publique et un prestataire de services sans lien de subordination à son égard, fût-il la propriété d'une autre collectivité publique, entre dans le champ d'application de la directive.

S'agissant du caractère cumulatif des critères, l'avocat général P. Léger précise que l'existence d'un contrôle étroit ne suffit pas pour qualifier une prestation « in house », il faut d'autres constatations. Le seul constat d'une dépendance structurelle à l'égard de la collectivité publique qui entreprend de passer un marché public ne suffit pas à faire des services qu'elles fournissent des prestations comparables à celles dont disposeraient ces autorités en recourant à leurs propres ressources internes. Pour cette raison il convient également de prendre en considération le destinataire de l'activité économique exercée par ces entités.

b- Le critère du destinataire de l'activité du cocontractant

Le contrôle du cocontractant par le pouvoir adjudicateur est une condition nécessaire pour que celui-ci soit considéré comme fournissant des prestations « in house », mais elle est loin d'être suffisante. Il faut aussi que l'activité du cocontractant soit en grande partie consacrée à sa collectivité de rattachement. Si le cocontractant exerce des activités commerciales, dans ce cas-là, la directive redevient applicable, sauf si celles-ci n'occupent qu'une place marginale dans l'ensemble de son activité.

L'avocat général P. Léger développe les critères posés par l'avocat général Cosmas. Il considère qu'une entité doit être considérée comme totalement liée à son autorité de tutelle lorsque le rapport organique qui l'unit à elle se double d'une quasi-exclusivité, au profit de cette dernière, des services qu'elle fournit. C'est dans cette hypothèse que l'on peut défendre l'idée d'un prolongement administratif de la collectivité publique, qui la dispense d'observer les règles de concurrence prescrites par la directive dans la mesure où elle choisit de réaliser elle-même les opérations économiques dont elle a besoin.

Lorsqu'un organisme agit pour essentiel auprès de l'autorité publique qui le contrôle, le rapport de propriété qui lie les deux entités légitime les prestations que l'une fournit à l'autre, à l'image d'un service interne pour son institution. De ce fait, il apparaît justifié qu'il échappe aux contraintes de la directive, celles-ci étant dictées par le souci de préserver une concurrence qui n'a, en ce cas, plus lieu d'être.

Pour l'avocat général, « il est moins compréhensible, en revanche, que, pourvu d'une aide publique, cet organisme propose des services à d'autres opérateurs ou collectivités sans être justiciable des règles du droit des marchés publics, alors qu'il agit dans des conditions comparables à celles d'un opérateur économique traditionnel. Son origine et sa

nature publique ne suffisent pas à le distinguer des autres prestataires des services, dès lors qu'il propose le même type de services dans une perspective commerciale comparable ». Dès lors, un prestataire de services qui envisage de contracter auprès d'une autre collectivité que la sienne ne se distingue pas d'un autre opérateur, tant du point de vue de ses concurrents que de la collectivité publique à l'origine du marché. Cet organisme ne constituant pas, par hypothèse, un démembrement du pouvoir adjudicateur, les prestations qu'il lui propose sont pour ce dernier celles d'un tiers. Par conséquent, ce dernier doit appliquer les règles de concurrence. Lorsque, les deux conditions sont réunies, on comprend alors que, le recours à une mise en concurrence n'a aucun intérêt, d'autant qu'ensuite, le cocontractant doit appliquer, pour répondre à ses besoins propres les règles de passation des marchés publics

2- Les Marchés de Services Conclus avec les Bénéficiaires d'un Droit Exclusif

Cette exception concerne uniquement les marchés de services. D'ailleurs, la Cour l'a confirmé dans l'affaire *Teckal*⁵⁰. L'article 6 de la directive services n° 92/50 dispose que « la présente directive ne s'applique pas aux marchés publics de services attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1^{er} point b) sur la base d'un droit exclusif dont elle bénéficie en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées, à condition que ces dispositions soient compatibles avec le traité ».

En principe, les marchés attribués à une entité qui est elle-même un pouvoir adjudicateur sont soumis à la directive services puisque celle-ci inclus expressément dans son champ d'application les contrats conclus avec des prestataires ayant le statut d'organismes publics. Toutefois, la directive déroge à ce principe lorsqu'un pouvoir adjudicateur se voit attribuer un marché sur la base d'un droit exclusif dont il bénéficie. Cette exception procède de l'idée qu'une mise en concurrence devient inutile dès lors qu'il existe une source unique d'approvisionnement désignée.

La notion de droit exclusif est obscure en droit communautaire. De plus, la jurisprudence communautaire est pratiquement inexistante sur l'article 6 de la directive 92/50 sauf les conclusions de l'avocat général P. Léger sur l'affaire. Il aborde également la question de l'interprétation de la notion de « droit exclusif ». Selon lui, cette hypothèse correspond au cas

⁵⁰ C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal* précité.

où il n'existe qu'une source d'approvisionnement unique désignée pour le pouvoir adjudicateur : la directive a ce faisant entendu tenir compte des services qui ne peuvent être fournis aux autorités publiques, dans certains Etats membres que par certains organismes publics déterminés, à l'exclusion de tout autre prestataire.

Le nouveau code des marchés publics est plus précis concernant la notion de « droit exclusif ». Il indique que ce droit doit avoir pour objet de réserver au titulaire du marché, l'exercice d'une activité. L'instruction pour application du nouveau code fait référence aux conclusions du commissaire du gouvernement sous l'arrêt du Conseil d'Etat, Communauté de communes de Piémont de Barr, pour définir la notion de « droit exclusif ». Le commissaire du gouvernement précise la définition de cette notion qui n'est pas identique à celle du monopole. Elle rejoint la définition du monopole légal, en ce qui concerne l'existence liée à un texte législatif ou réglementaire, mais elle est différente de la notion de monopole de fait ou économique ou du monopole de nature contractuelle. Selon cette instruction, pour qu'il y ait des droits exclusifs, il faut que l'exercice d'une activité ait été réservé à une certaine personne préalablement à toute relation contractuelle. Dans ce cas, le contrat qui a pour objet soit la délégation effective de cette activité à cette personne sur la base de cet acte de puissance publique, soit d'en fixer les modalités, doit être regardé comme étant passé sur la base de droits exclusifs.

Quant à l'acte qui attribue des droits exclusifs, il faut qu'il soit compatible d'une part avec le traité, et d'autre part avec les règles de concurrence. Le droit exclusif peut résulter des dispositions législatives, administratives ou réglementaires. Plus délicate est la question de savoir si un droit exclusif peut résulter d'une convention. Selon certains auteurs⁵¹, cette question devrait recevoir une réponse affirmative sous cette réserve cependant, faisant référence des conclusions du commissaire du gouvernement Savoie, que la convention octroyant le droit exclusif soit distincte du marché litigieux lui-même.

Quant au droit turc, comme on l'a déjà précisé à propos de l'élargissement du pouvoir adjudicateur, le législateur turc a prévu la soustraction de champ d'application du CMP, des marchés passés avec les personnes qui sont en situation de monopole (l'article 22/a). De même, certains établissements publics tels que TCDD sont expressément cités

⁵¹ F. Llorens et P. Soler-Couteau, 'Le nouveau champ d'application du Code des marchés publics', *Contrats et marchés publics*, avril 2001, p.7.

avec lesquels le pouvoir adjudicateur peut passer des marchés publics sans une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Conclusion :

Afin de réaliser le Grand Marché Intérieur, la réglementation communautaire a prévu l'assujettissement des marchés publics à l'obligation de publicité et de mise en concurrence. Comme on a essayé de le montrer, le droit communautaire a une approche extensive du droit des marchés publics. Pour réaliser le défi de Grand Marché Intérieur, ces obligations ont été étendues aux concessions par la communication interprétative de la Commission européenne. Pourtant, les communications ne font pas partie, en vertu du Traité sur l'UE (article 249), de la catégorie des actes communautaires créateurs du droit. Elles commentent et précisent les dispositions du droit communautaire existant tel qu'il découle des textes normatifs et de la jurisprudence.

Dans ses communications, la Commission insiste sur la nécessité de mettre en concurrence les structures parapubliques ou publiques avec le secteur privé lors de l'attribution de contrats et d'actes unilatéraux valant concession. Ainsi, l'adoption d'une directive sur les concessions et les autres formes de contrats de partenariats Publics-Privés est nécessaire pour assurer leur développement. D'ailleurs, le Comité économique et social a élaboré un avis sur le « Renforcement du droit des concessions et des contrats de Partenariats Publics-Privés (PPP) »⁵².

Il faut préciser que l'objectif de la réglementation communautaire des marchés publics est plutôt d'ordre économique. Il s'agit de mettre en place les conditions d'une égale concurrence entre les entreprises communautaires pour l'accès aux marchés publics. Ainsi, les textes sur les marchés publics imposent la publicité et la mise en concurrence. En revanche, la concurrence n'est pas toujours praticable. Elle ne peut établir un ordre social parfait. Elle ne prend en compte la cohésion sociale et risque d'accroître la fracture sociale. Or l'idéal de solidarité est sans doute partie intégrante de l'Union européenne.

En effet, le droit communautaire reconnaît que le marché a ses limites lorsqu'il s'agit d'un service de caractère d'intérêt général, plus précisément d'un service public. Mais, il réfute l'approche traditionnelle et

⁵² Avis du Comité économique et social du 19 octobre 2000, « Renforcement du droit des concessions et des contrats de Partenariats Publics-Privés (PPP) », *J.O.C.E.*, C 014 du 16 janvier 2001, p.91.

éprouve la nécessité de reconstruire une nouvelle notion, un modèle européen de société dont les objectifs sont la solidarité, l'égalité de traitement, la cohésion économique et sociale.

Pour atteindre ces objectifs, la Commission a admis le recours au mieux-disant social⁵³ et environnemental⁵⁴. D'ailleurs, le « paquet législatif » propose l'insertion des caractéristiques environnementales parmi les critères d'attribution de l'offre économiquement la plus avantageuse. Bien que la lutte contre le chômage ne figure pas parmi les critères d'attribution, un tel critère peut cependant être pris en compte aux mêmes conditions que les exigences environnementales.

D'autre part, les textes sur les marchés publics peuvent aussi assurer un accès plus facile aux marchés dans la Communauté, en faveur des PME. L'instrument essentiel de la construction du Marché Intérieur peut ainsi devenir celui de la cohésion économique et sociale et de la solidarité en Europe et en Turquie.

53 Avis de la Commission européenne, *J.O.C.E.*, 28 novembre 2001, n° C 333.

54 Avis de la Commission européenne, 4 juillet 2001, (*J.O.C.E.*, n° C 274), les modalités d'application ont été précisées par une autre communication publiée au *J.O.C.E.* 28 novembre 2001, n° C 333/07.