

TABLE DES MATIÈRES

Sommaire.....	5
Introduction.....	7

LIVRE I^{ER}

L'INTERVENTIONNISME INDIRECT

TITRE I^{ER} NOTIONS.....	11
A. QUELLES SONT LES RAISONS DE CETTE ACTION NORMATIVE ?	12
B. COMMENT ? PAR QUELLES NORMES ?	12
TITRE II LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE ET LES NORMES DE POLICE ADMINISTRATIVE	15
CHAPITRE I^{ER} EN DROIT BELGE.....	17
Section I ^{re} Le décret d'Allarde	17
§ 1 ^{er} . QUEL CONTENU ?.....	18
§ 2. QUEL STATUT JURIDIQUE ?	19
Section II La loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles	20
Section III L'article II.3. du Code de droit économique.....	22
Section IV Quid de la constitutionnalisation de la liberté de commerce et d'industrie ?.....	23
§ 1 ^{er} . EN DROIT FRANÇAIS	23
§ 2. EN DROIT BELGE.....	25
I. L'article 12, alinéa 1 ^{er} , de la Constitution : « la liberté individuelle est garantie »	25
II. L'article 23 de la Constitution : les droits économiques et sociaux.....	26
A. LA COUR CONSTITUTIONNELLE	26
B. LE CONSEIL D'ÉTAT	29
C. LA COUR DE CASSATION.....	29
D. LA DOCTRINE	30
E. L'ENJEU	30

Section V	Au final, quel statut juridique ?	31
Section VI	Quelles conséquences ?	32
CHAPITRE II	LA LIBERTÉ D'ENTREPRENDRE EN DROIT EUROPÉEN..	35
Section I ^{re}	Quatre libertés économiques	35
Section II	Principe général de droit	37
Section III	Charte des droits fondamentaux	38
Section IV	Convention européenne des droits de l'homme	38
Section V	Exceptions	39
Section VI	Conséquences	40
TITRE III	LES AUTORITÉS INDÉPENDANTES DE RÉGULATION	43
INTRODUCTION	45
CHAPITRE I ^{ER}	IDENTIFICATION	47
CHAPITRE II	RAISONS DE LEUR CRÉATION	49
CHAPITRE III	CONSTITUTIONNALITÉ DES AUTORITÉS ADMINISTRATIVES INDÉPENDANTES	53
Section I ^{re}	Constat	53
Section II	Conséquences	53
Section III	Quelles prérogatives ?	54
	§ 1 ^{ER} . MISSION DE CONSEIL.....	54
	§ 2. POUVOIR DE DÉCISION INDIVIDUELLE	54
	§ 3. POUVOIR RÉGLEMENTAIRE	55
Section IV	Un bémol ?	56
Section V	L'arrêt n° 130/2010 du 18 novembre 2010 de la Cour constitutionnelle	58
	§ 1 ^{ER} . LE CONTEXTE	58
	§ 2. LA RÉPONSE DE LA COUR.....	58
	§ 3. CRITIQUES.....	60
Section VI	Conséquences et suites de l'arrêt n° 130/2010	60
	§ 1 ^{ER} . LA CONSTITUTIONNALITÉ DES AAI EST RECONNUE.....	60
	§ 2. BREVET DE CONSTITUTIONNALITÉ CONDITIONNÉ.....	62
	§ 3. QUEL EST L'IMPACT DU DROIT EUROPÉEN ?	63
Section VII	Conclusions	64

LIVRE II

L'INTERVENTIONNISME DIRECT : LE SERVICE PUBLIC ÉCONOMIQUE ET L'ENTREPRISE PUBLIQUE

TITRE I^{ER} MISE EN CONTEXTE	67
CHAPITRE I^{ER} NOTIONS	69
Section I ^{re} Autre perspective – autre dimension	69
Section II Vecteur d'intervention	69
CHAPITRE II CADRE NORMATIF DU SERVICE PUBLIC ÉCONOMIQUE EN BELGIQUE	71
Section I ^{re} Fondement constitutionnel ?	71
Section II Fondement législatif ?	71
§ 1 ^{ER} . LIBERTÉ DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE.....	71
I. <i>Rappel de la portée de cette liberté</i>	71
II. <i>En quoi concerne-t-elle l'interventionnisme direct ?</i>	72
III. <i>Quelles conséquences juridiques pour l'action économique directe des pouvoirs publics ?</i>	73
IV. <i>Conclusion</i>	79
§ 2. PRINCIPE DE LA LÉGALITÉ.....	79
I. <i>La dimension formelle</i>	79
II. <i>La dimension matérielle ou de contenu</i>	80
§ 3. CONCLUSION.....	82
Section III Principes généraux ?	82
§ 1 ^{ER} . PRINCIPE DE SPÉCIALITÉ DES PERSONNES MORALES.....	82
§ 2. LOIS DU SERVICE PUBLIC.....	83
Conclusion du Chapitre II.....	84
CHAPITRE III APERÇU DU SERVICE PUBLIC ÉCONOMIQUE EN BELGIQUE	87
Section I ^{re} Approche organique	87
§ 1 ^{ER} . QUATRE FIGURES JURIDIQUES GÉNÉRALES.....	87
I. <i>La régie (les régies d'État, provinciales ou communales) ou l'agence (régionale)</i>	87
II. <i>Les établissements publics à caractère industriel, financier ou commercial</i>	88
III. <i>Les associations de droit public</i>	88
A. LE DOMAINE ÉCONOMIQUE.....	88
B. LES A.S.B.L. DE DROIT PUBLIC.....	88
IV. <i>Les entreprises publiques autonomes (EPA)</i>	89
§ 2. TENTATIVE DE SYNTHÈSE.....	89

Section II	Approche fonctionnelle	90
§ 1 ^{ER} .	CRITÈRE DE DISTINCTION ?.....	90
§ 2.	COMMENT CONCRÉTISER CE CRITÈRE DE DISTINCTION ?.....	90
§ 3.	QUEL RÉGIME JURIDIQUE ?.....	92
	<i>I. Les entreprises publiques</i>	92
	<i>II. Les services publics économiques</i>	92
§ 4.	À NUANCER ET À RELATIVISER.....	93
	<i>I. D'abord en droit belge</i>	93
	<i>II. Ensuite en droit européen</i>	93
CONCLUSION DU TITRE I ^{ER}		95
TITRE II LES RELATIONS CONTRACTUELLES DES SERVICES PUBLICS ÉCONOMIQUES		97
CHAPITRE I ^{ER} LA RÉGLEMENTATION		101
Section I ^{re}	La réglementation belge	101
Section II	La réglementation européenne	102
§ 1 ^{ER} .	LES DIRECTIVES : QUATRE GÉNÉRATIONS.....	102
§ 2.	DROIT PRIMAIRE.....	103
Section III	Droit de l'organisation mondiale du commerce	103
CHAPITRE II PRINCIPES DE BASE		105
Section I ^{re}	La concurrence	105
INTRODUCTION.....		105
§ 1 ^{ER} .	LA PUBLICITÉ.....	106
§ 2.	LA TRANSPARENCE.....	108
	<i>I. En matière d'information, on peut relever deux modalités principales</i>	108
	A. LES DOCUMENTS DU MARCHÉ.....	108
	B. UNE INFORMATION POUR CEUX QUI « QUITTENT LA PROCÉDURE ».....	108
	<i>II. L'obligation de motivation formelle</i>	109
	<i>III. On peut également relever l'application des législations relatives à la transparence administrative</i>	110
	<i>IV. Au-delà de ces règles particulières prévues par les directives européennes ou les législations nationales, il faut souligner que la Cour de justice a mis en exergue le principe général de transparence</i>	110
	A. QUID ?.....	110
	B. QUEL IMPACT ?.....	111
§ 3.	L'ÉGALITÉ.....	111
	<i>I. À la base des directives</i>	111
	<i>II. Contenu général du principe</i>	112
	<i>III. Consécration normative</i>	112
	A. LA NON-DISCRIMINATION DANS LES DOCUMENTS DU MARCHÉ.....	112

B.	L'INTERDICTION DES ENTENTES ENTRE CANDIDATS OU ENTRE SOUMISSIONNAIRES.....	114
C.	LA PRÉVENTION DES CONFLITS D'INTÉRÊT	114
D.	L'INTERDICTION DE TOUTE MODIFICATION EN COURS DE PROCÉDURE, QU'IL S'AGISSE	117
1.	Des documents du marché.....	117
2.	Des offres.....	118
IV.	<i>Consécration prétorienne</i>	119
A.	INTERPRÉTER LES DIRECTIVES	119
B.	COMBLER LEURS LACUNES	119
C.	SOUMETTRE À CERTAINS PRINCIPES LES MARCHÉS PUBLICS ET CONTRATS NON VISÉS PAR LES DIRECTIVES	123
D.	ET APRÈS ?.....	124
1.	Vers d'autres contrats publics.....	125
2.	Vers d'autres aspects que la passation	126
Conclusion	127
Section II	Principe de neutralité de la commande publique	127
§ 1 ^{ER} .	CONTEXTE.....	127
§ 2.	EXEMPLES DE CLAUSES	128
§ 3.	RÉGLEMENTATION.....	129
I.	<i>Les critères de sélection qualitative</i>	129
II.	<i>Les critères d'attribution</i>	129
III.	<i>Les conditions d'exécution du marché</i>	130
IV.	<i>La réservation de marché</i>	133
V.	<i>Les spécifications techniques</i>	133
§ 4.	CONCLUSION.....	134
CHAPITRE III	CHAMP D'APPLICATION	137
Section I ^{RE}	Champ d'application <i>ratione personae</i>	137
INTRODUCTION	137
§ 1 ^{ER} .	LES SECTEURS CLASSIQUES : QUATRE CATÉGORIES DE POUVOIR ADJUDICATEUR.....	138
I.	<i>Les collectivités politiques</i>	138
II.	<i>Les démembrements</i>	138
A.	LES ORGANISMES DE DROIT PUBLIC	138
1.	Quatre précisions	139
2.	Première condition : la personnalité juridique	140
3.	Deuxième condition : satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial... ..	140
a.	Des besoins d'intérêt général	140
b.	Ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.....	141
c.	Spécifiquement	143
d.	Applications	143
4.	Troisième condition : une dépendance étroite d'une collectivité politique ou d'un autre organisme de droit public	144
a.	Le financement public majoritaire	144

b. Le contrôle de gestion	146
B. LES ORGANISMES D'INTÉRÊT PUBLIC.....	147
C. LES ASSOCIATIONS DE POUVOIRS ADJUDICATEURS.....	148
III. <i>Les entreprises publiques</i>	148
IV. <i>Les personnes de droit privé</i>	149
§ 2. LES SECTEURS SPÉCIAUX	150
I. <i>Les marchés publics</i>	151
II. <i>Les marchés privés mis en concurrence</i>	151
§ 3. LE PRESTATAIRE DU MARCHÉ.....	152
Section II Champ d'application <i>ratione materiae</i>	155
INTRODUCTION.....	155
§ 1 ^{ER} . LA NOTION DE « MARCHÉ PUBLIC »	155
I. <i>Un contrat : notions et implications</i>	155
A. PRÉALABLES.....	155
B. EXCLUSION D'ACTES UNILATÉRAUX	156
1. La dévolution unilatérale par voie législative ou réglementaire	156
2. Les faux contrats.....	158
3. Les accords-cadres.....	159
4. Les subventions	159
C. DEUX PERSONNES DISTINCTES.....	161
1. Principe.....	161
2. Une première exception : les droits spéciaux ou exclusifs.....	162
a. Première limite - les marchés de services	162
b. Deuxième limite - un droit exclusif.....	163
c. Troisième limite - le droit de la concurrence	163
3. Une deuxième exception : les opérations internes <i>sensu stricto</i> au pouvoir adjudicateur	163
4. Une troisième exception : les opérations <i>in house</i> ou intégrées.....	164
a. Éléments constitutifs	164
b. Principes d'interprétation	165
c. Contenu des critères.....	165
i. Le critère organique : le contrôle analogue	165
ii. Le critère fonctionnel : l'essentiel des activités.....	168
d. Précisions et conséquences	169
i. <i>Quid</i> des partenariats public-public ?	169
ii. <i>Quid</i> des organismes à capital mixte public-privé ?	172
iii. Quelles opérations contractuelles ?	176
v. Et les nouvelles directives du 26 février 2014 ?	176
5. Une quatrième exception : la collaboration intercommunale fonctionnelle.	178
a. Le contexte	178

b. L'analyse de la Cour de justice	178
c. Identification	180
d. Implications	182
D. APPLICATIONS DANS LE DOMAINE DE LA GESTION DES SERVICES PUBLICS DÉCENTRALISÉS	185
1. Les services publics locaux	185
a. Gestion interne	185
b. Régie ordinaire	185
c. Régie autonome	186
d. La coopération intercommunale	187
i. La coopération intercommunale institutionnelle	187
ii. La coopération intercommunale contractuelle	188
e. Les associations sans but lucratif	189
f. Les coopérations ou les partenariats public-privé contractuels	189
2. Les services publics fédéraux, régionaux et communautaires	189
a. Les services à gestion séparée	190
b. Les régies personnalisées	190
c. Les établissements publics	190
d. Les associations de pouvoirs publics	190
e. Les entreprises publiques autonomes	191
f. Les entités mixtes	191
E. APPLICATIONS DANS LE DOMAINE DE L'ORGANISATION	191
CONCLUSIONS DU POINT I « CONTRAT »	196
II. À titre onéreux	196
A. DÉFINITIONS	196
B. CARACTÉRISTIQUES	196
C. À TITRE GRATUIT	197
§ 2. LES MARCHÉS EXCLUS	199
§ 3. LES MARCHÉS VISÉS	200
I. Les trois catégories traditionnelles	200
A. LES MARCHÉS DE TRAVAUX	200
1. Les travaux de construction	200
2. L'exécution et la conception d'un ouvrage	201
3. La réalisation d'un ouvrage	202
B. LES MARCHÉS DE FOURNITURES	208
C. LES MARCHÉS DE SERVICES	209
1. Quels services ?	209
2. Les services prioritaires et non prioritaires	209
3. Les services mixtes	211
4. Opération de privatisation ?	211
5. La délégation de maîtrise d'ouvrage ?	212
6. Exclusions spécifiques	212
7. Exceptions sectorielles et clause de sauvegarde	213

D. LES MARCHÉS MIXTES.....	214
II. <i>Les partenariats publics privés</i>	215
A. LE MARCHÉ DE PROMOTION DE TRAVAUX.....	215
B. LA CONCESSION DE TRAVAUX PUBLICS.....	216
C. LES CONCESSIONS DE SERVICES.....	217
1. Critère de distinction.....	217
a. Avec les marchés de services.....	217
b. Avec les accords-cadres.....	220
2. Régime juridique.....	220
a. Conditions d'application du droit primaire.....	221
b. Quelles règles du Traité ?.....	221
c. Quelles conséquences ?.....	222
i. Sur l'attribution des concessions de services.....	222
ii. Sur le concessionnaire de services.....	223
iii. Sur les modifications au contrat de concessions.....	224
d. Exceptions.....	224
i. Exception <i>in house</i>	224
ii. Exception tirée des justifications à une restriction discriminatoire....	224
3. La directive 2014/23 sur l'attribution de contrats de concession.....	227
III. <i>Les secteurs spéciaux</i>	227
Section III Champ d'application <i>ratione summae</i>	228
I. <i>Quid pour les marchés publics sous les seuils ?</i>	228
II. <i>Notion d'ouvrage</i>	228
A. PROBLÈME DE LA SCISSION DES MARCHÉS.....	228
B. EXTENSION AUX MARCHÉS DE SERVICES.....	229
C. QUELLES SONT LES SOLUTIONS EN CAS DE MARCHÉS SÉPARÉS ?.....	230
III. <i>La directive 2014/24/UE du 26 février 2014</i>	230
TITRE III LES SERVICES PUBLICS ET LE DROIT EUROPÉEN DE LA CONCURRENCE	233
CHAPITRE I ^{ER} APPLICABILITÉ AUX SERVICES PUBLICS	235
Section I ^{re} Le principe de neutralité du Traité FUE	235
Section II La notion d'entreprise	236
§ 1 ^{ER} . LA NOTION D'ENTREPRISE.....	237
§ 2. LA NOTION D'ACTIVITÉS ÉCONOMIQUES.....	238
I. <i>Certaines activités de puissance publique</i>	238
II. <i>D'autres activités en raison de leurs caractéristiques</i>	240
§ 3. LES SERVICES PUBLICS À DOUBLE VISAGE.....	243
Conclusions du chapitre.....	244

CHAPITRE II	MODES DE GESTION	245
Section 1 ^{re}	L'article 101 TFUE	246
§ 1 ^{er} .	PORTÉE DE LA DISPOSITION	246
§ 2.	APPLICABILITÉ AUX SERVICES PUBLICS	246
Section II	L'article 102 TFUE	248
§ 1 ^{er} .	PORTÉE DE LA DISPOSITION	248
§ 2.	APPLICABILITÉ AUX SERVICES PUBLICS	249
Section III	Liens avec le droit des marchés publics	252
§ 1 ^{er} .	QUANT AU DROIT DE LA CONCURRENCE	252
§ 2.	QUANT AU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS	253
CHAPITRE III	MODES D'ORGANISATION	255
Introduction		255
Section I ^{re}	Droits spéciaux – droits exclusifs ?	255
Section II	Légalité de tels droits	256
CHAPITRE IV	MODES DE FINANCEMENT	261
Prolégomènes		261
Section I ^{re}	Notion d'aide d'état	262
§ 1 ^{er} .	PROVENANCE DE L'AIDE	263
§ 2.	BÉNÉFICIAIRE DE L'AIDE	264
§ 3.	IMPACT TRANSFRONTALIER	265
§ 4.	IMPACT SUR LA CONCURRENCE	265
Section II	L'intervention d'organismes publics dans les entreprises privées	266
Section III	Financement des missions de service public	267
§ 1 ^{er} .	DEUX APPROCHES CONCEPTUELLES DIFFÉRENTES	268
I.	<i>L'approche « aide d'État »</i>	268
II.	<i>L'approche « compensatoire »</i>	268
§ 2.	L'ENJEU	269
§ 3.	L'ARRÊT <i>ALTMARK</i>	269
§ 4.	CONSÉQUENCES DE L'ARRÊT <i>ALTMARK</i>	270
§ 5.	LE PAQUET POST- <i>ALTMARK</i> I (2005)	271
I.	<i>La décision du 28 novembre 2005 relative aux compensations de services publics</i>	271
II.	<i>L'encadrement de la Commission</i>	272
III.	<i>La modification de la directive « transparence »</i>	272
§ 6.	LE PAQUET POST- <i>ALTMARK</i> II (2011)	273
I.	<i>La communication du 20 décembre 2011</i>	273
II.	<i>La décision du 20 décembre 2011</i>	273

III. L'encadrement de la Commission	274
IV. Le règlement de minimis	274
V. Conclusion	275
CHAPITRE V DÉROGATION : L'ARTICLE 106, § 2, TFUE	277
Section 1 ^{re} Éléments constitutifs	277
§ 1 ^{er} . LE SERVICE D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE GÉNÉRAL.....	277
§ 2. CRITÈRE DE NÉCESSITÉ.....	280
§ 3. INTÉRÊT DE L'UNION.....	281
Section II Applications	281
Section III Et le service universel ?	283
I. Quel est l'objectif poursuivi ?	283
II. Définition	284
III. L'organisation	284
Section IV Liens avec le droit des marchés publics	285
CHAPITRE VI ANALYSE ET PERSPECTIVES	287
Section I ^{re} À l'origine	287
Section II Évolution du concept de SIEG	288
§ 1 ^{er} . APPORT DE LA JURISPRUDENCE	288
§ 2. APPORTS DE LA COMMISSION	288
I. La communication du 26 juin 1996	288
II. La communication du 19 janvier 2001	289
III. Le Livre vert du 21 mai 2003.....	289
IV. Le Livre blanc du 12 mai 2004.....	289
V. La communication sur les services sociaux d'intérêt général du 26 avril 2006	290
VI. La communication du 20 novembre 2007	290
VII. Le guide du 7 décembre 2010 mis à jour le 29 avril 2013	290
VIII. Que retenir de ces interventions ?.....	291
§ 3. ÉVOLUTION DU TRAITÉ DE ROME	291
I. Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 (vig. 1 ^{er} mai 1999).....	291
II. Traité de Lisbonne du 17 décembre 2007 (vig. 1 ^{er} décembre 2009).....	292
III. Quel est l'impact de ces nouveaux textes ?	293
CONCLUSIONS DU TITRE III	295
Conclusions du Livre II	297
Table des matières	299