

Fiche explicative – directive secteurs¹

Marchés concernant plusieurs activités

1. QUELS CAS SONT VISES ?

1. L'article 9 et le considérant 29 de la nouvelle directive secteurs - directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux² - contiennent, contrairement à la directive 93/38/CEE, des dispositions explicites concernant le traitement des marchés destinés à la poursuite de plusieurs activités visées par la directive.
2. De telles situations peuvent se présenter dans plusieurs cas de figures selon les activités à la poursuite desquelles le marché est destiné, à savoir :
 - a) à la poursuite d'activités qui sont toutes soumises aux dispositions de la nouvelle directive secteurs ;
 - b) à la poursuite d'une activité soumise à la nouvelle directive secteurs et d'une autre soumise à la nouvelle directive « classique », directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services;
 - c) à la poursuite d'une activité soumise à la nouvelle directive secteur et d'une autre activité qui n'est (plus) soumise ni à cette directive ni à la nouvelle directive « classique »;
 - d) ou encore – pour compléter le cadre théorique - à la poursuite d'activités qui toutes sont soumises à la nouvelle directive classique.

Il convient d'emblée d'écarter les cas sous d), étant donné qu'ils ne sont pas réglés par les dispositions de la nouvelle directive secteurs et que la nouvelle directive classique ne contient pas de dispositions similaires. En revanche, les trois premiers cas méritent d'être examinés plus en détail.

1.1. Toutes les activités sont soumises à la nouvelle directive secteurs

3. Lorsqu'un marché est passé pour la poursuite de deux ou plusieurs activités qui sont toutes soumises aux dispositions de la nouvelle directive secteurs (point a) ci-dessus), l'article 9 entre rarement en jeu. Toutefois, il existe des cas

¹ Ce document correspond au document CC/2004/34 FR du 18.6.2004

² JO L 134 du 30.4.2004, p. 1.

particuliers où des règles spécifiques s'appliquent exclusivement à certaines des activités visées par la directive : c'est le cas pour le régime spécial prévu à l'article 27 pour les entités opérant dans les secteurs des hydrocarbures et/ou du charbon au Pays Bas, au Royaume Uni, en Autriche et en Allemagne. Si, par exemple, une entité adjudicatrice autrichienne passe un marché aux fins aussi bien de l'extraction de pétrole que de l'extraction du charbon, les règles de l'article 9 déterminent si le marché en question devra être passé en conformité avec les règles normales de la directive ou si le régime spécial de l'article 27 sera applicable à ce marché mixte.

1.2. Certaines activités couvertes par la directive classique, d'autres par la directive secteurs

4. Le point b) ci-dessus concerne certains cas de marchés passés par des pouvoirs adjudicateurs étant en même temps des entités adjudicatrices, par exemple une municipalité qui outre les activités « normales » d'une autorité locale gère directement par son propre personnel une activité visée par la directive secteurs tel que la distribution d'eau potable ou la gestion de lignes de transport par bus, etc... Dans de tels cas, si le pouvoir adjudicateur passe un marché dont l'objet est de satisfaire des besoins liés aussi bien à ses activités « normales » qu'à ses activités « sectorielles », alors la détermination des règles applicables – la nouvelle directive classique ou la nouvelle directive secteurs – doit se faire selon les dispositions de l'article 9.

1.3. Une activité soumise à la nouvelle directive secteurs et une qui n'est pas soumise aux règles marchés publics

5. Il arrive que des entités adjudicatrices exercent plus qu'une des activités visées par la directive secteurs. La présence de dispositions excluant ou permettant d'exclure certaines activités du champ d'application peut avoir pour effet que des entités adjudicatrices passent des marchés destinés à permettre à la fois la poursuite d'activités soumis à la directive secteurs et la poursuite d'activités qui n'en sont pas soumis (voir le point c) ci-dessus). Au delà des exemples qui pourront être tirés des cas d'exemption de certaines activités au titre de l'article 30, d'autres cas pourraient se présenter, tels que, par exemple, les marchés passés par une entité qui gère aussi bien un service de transport par bus, exclu en vertu de l'article 5, paragraphe 2, qu'un service de transport par tram qui n'aurait pas été exempté au titre de l'article 30. Un autre exemple pourrait être celui d'une aciérie³ qui alimente les réseaux aussi bien en chaleur qu'en électricité dans des conditions où la partie chaleur serait exclue en vertu des dispositions de l'article 3, paragraphe 2, tandis que les conditions pour exempter la partie électricité sur base de l'article 3, paragraphe 4, ne seraient pas remplies. Dans ce cas également, l'article 9 détermine le régime applicable aux marchés mixtes.

³ A condition qu'elle soit une entreprise publique ou, s'il s'agit d'une entreprise privée, qu'elle bénéficie de droits spéciaux ou exclusifs au sens de la nouvelle directive secteurs pour ses activités « électriques ».

2. QUEL REGIME JURIDIQUE S'APPLIQUERA AU MARCHES MIXTES ?

2.1. L'activité principale peut être établie – article 9, paragraphe 1

6. Selon l'article 9, paragraphe premier, de la nouvelle directive secteurs, la règle principale est qu'un marché destiné à la poursuite de plusieurs activités, suit les règles applicables à l'activité à laquelle il est **principalement destiné**.

Avant le lancement d'un marché, les entités adjudicatrices effectuent normalement une analyse des besoins auxquelles le marché en question doit répondre afin de pouvoir établir le cahier des charges et d'estimer la valeur du marché pour déterminer si le seuil d'application des règles marchés publics est atteint. Ainsi, un marché pour la fourniture de papier présuppose que l'entité adjudicatrice dispose d'informations lui permettant de déterminer les quantités dont elle a besoin, ce qui implique également une estimation des quantités nécessaires pour les différents utilisateurs (tels que les différents services de l'entité adjudicatrice). De même, pour pouvoir passer un marché pour l'achat de photocopieurs, l'entité adjudicatrice doit avoir une idée quant au nombre et à la capacité des machines – ce qui le plus souvent implique qu'elle a une estimation de la répartition des besoins entre ses services. De telles analyses ou estimations des besoins à satisfaire permettront de déterminer l'activité à laquelle le marché est principalement destiné.

7. Selon les cas d'espèces (voir point 2 ci-dessus), l'alinéa premier du paragraphe 1 peut avoir pour effet que le marché en question devra être passé en conformité avec les règles de la nouvelle directive classique, de la nouvelle directive secteurs ou encore sans application des règles détaillées en matière de marchés publics⁴.

Le point de départ est que l'application des dispositions du premier alinéa se fait sans prise en compte des règles qui auraient été applicables au(x) marché(s) en question si l'entité adjudicatrice – au lieu de passer un seul marché - avait passé des marchés séparés visant chacun à couvrir les besoins liés à la poursuite d'une seule activité. Ce choix peut légitimement se fonder sur des raisons aussi bien de nature technique que de nature économique : ainsi, pour la construction d'un immeuble destiné à accueillir l'administration de deux activités différentes il serait très peu pratique, si non impossible, de passer des marchés séparés pour la construction des parties de l'immeuble destinées à chacune des activités et les directives marchés publics ne pourraient imposer le choix d'abriter les deux administrations dans des immeubles séparés. Même en l'absence d'éventuelles raisons techniques imposant la passation d'un marché unique, des raisons économiques peuvent également justifier ce choix : ainsi, si un immeuble abrite à la fois les services appartenant à une administration communale « traditionnelle » et l'administration du transport par bus organisé par cette même municipalité, un marché unique portant sur le nettoyage de l'ensemble de l'immeuble est, bien entendu, légitime, même si la majeure partie des locaux (et donc des besoins de nettoyage) appartiennent aux services gérant le transport par bus. Dans l'hypothèse d'une entité gérant aussi bien la distribution d'eau que celle de l'électricité, il serait également légitime de passer un marché unique pour la fourniture de carburant pour ses véhicules quelque soit la répartition des véhicules entre ces activités, et ce même si une éventuelle exemption

⁴ Evidemment sous réserve des règles et principes du Traité.

au titre de l'article 30 pour l'une des activités aurait pour conséquence que l'application des dispositions du premier alinéa de l'article 9 exclurait le marché spécifique de l'application des règles détaillées de la nouvelle directive secteurs.

8. Il est néanmoins évident que, dans certains cas, l'application des dispositions du premier alinéa du paragraphe 1 pourrait être invoqué pour échapper abusivement à l'application des règles communautaires. Afin d'éviter de tels comportements, le deuxième alinéa prévoit que le choix de l'entité adjudicatrice ne peut être fait « avec l'objectif » de soustraire le ou les marchés en question du champ d'application des directives marchés publics. Cette clause vise les cas où il est clair que le choix de l'entité adjudicatrice ne se justifie pas par des raisons techniques ou économiques mais uniquement par la volonté de faire échapper un marché aux règles marchés publics.

2.2. L'activité principale ne peut pas être établie – article 9, paragraphes 2 et 3

9. Il se peut que l'entité adjudicatrice ne soit pas en mesure de déterminer l'activité à laquelle le marché est principalement destiné – soit parce que le marché est destiné à chacune des activités en mesure égale, soit parce qu'elle ne dispose pas des données lui permettant d'estimer la répartition des besoins. De telles difficultés pourraient se présenter notamment lorsque le marché porte sur une pièce d'équipement unique (par exemple un commutateur téléphonique, une machine à imprimer ...) et l'entité adjudicatrice ne dispose pas d'informations lui permettant d'estimer le taux d'utilisation attribuable aux différentes activités exercées. Dans ces cas, le régime applicable au marché en question est déterminé par les règles des paragraphes 2 et 3 de l'article 9.
10. En cas de marchés destinés à des activités soumises respectivement à la nouvelle directive classique et à la nouvelle directive secteurs⁵, les dispositions du paragraphe 2 ont pour effet que le marché est soumis aux dispositions de la nouvelle directive classique, à moins qu'il soit possible de déterminer l'activité à laquelle le marché est principalement destiné et que celle-ci soit une activité visée par la nouvelle directive secteurs.
11. De même, l'application du paragraphe 3 – c'est-à-dire les règles applicables lorsqu'il n'est pas possible de déterminer si un marché spécifique est principalement destiné à une activité qui est soumise à la nouvelle directive secteurs ou à une autre activité non assujettie aux règles marchés publics⁶ - à pour effet que le marché en question doit être passé en conformité avec les règles de la nouvelle directive secteurs.

Cette disposition, ainsi que le paragraphe 2, est basée par analogie sur l'arrêt du 5 décembre 1989 que la Cour a rendu dans l'affaire C-3/88, Commission des Communautés européennes contre République italienne, "informatique"⁷. Dans cet

⁵ Voir les explications et exemples au point 4 ci-dessus.

⁶ Voir les explications et exemples au point 5 ci-dessus. La référence à la nouvelle directive classique qui figure au paragraphe 3 assure qu'il n'y aura pas de double emploi entre les dispositions des paragraphes 2 et 3.

⁷ Recueil de Jurisprudence 1989, p. 4035, point 18 et 19.

arrêt, la Cour a pris en compte la dissociabilité des activités relatives à la conception et à la gestion d'un service informatique de l'acquisition de l'équipement nécessaire à la réalisation de celui-ci pour condamner le non respect de la directive fournitures⁸.

⁸ Directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976.