

## BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST — REGION DE BRUXELLES-CAPITALE

MINISTERIE  
VAN HET BRUSSELS HOOFDSTEDELIJK GEWEST

[C – 2006/31443]

11 JULI 2006. — Omzendbrief  
betreffende de contractuele verbintenissen  
tussen aanbestedende overhedenAan de Dames en Heren Burgemeesters en Schepenen van het  
Brussels Hoofdstedelijk GewestAan de Dames en Heren Voorzitters van de intercommunale  
verenigingen

Dames en Heren,

## 1. Inleiding

1.1. Ingevolge de recente jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, waarvan de rechtspraak niet zonder gevolg blijft voor het Brussels plaatselijk bestuur, leek het mij belangrijk bij de gemeentelijke overheden en de raden van bestuur van de Brusselse intercommunales een aantal van de beginselen in herinnering te brengen die aan de grondslag moeten liggen van hun contractuele betrekkingen.

1.2. Krachtens artikel 6, VI, § 1, vierde lid, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen is de wetgever de enige bevoegde instantie om de algemene regels voor overheidsopdrachten vast te stellen zoals deze door de Europese richtlijnen zijn omschreven. Ik wijs erop dat, om als overheidsopdracht in de zin van de Europese richtlijnen en de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten gekwalificeerd te worden, de betrekkingen moeten steunen op een schriftelijk contract gesloten onder bezwarende titel tussen twee afzonderlijke personen (waarvan er tenminste één aanbestedende overheid is in de zin van artikel 4 van de wet) en betrekking moeten hebben op een prestatie bedoeld door artikel 5 van de voormelde wet.

1.3. Overeenkomstig de artikelen 141, 142 van de Grondwet, alsook het Europees Charter inzake Lokale Autonomie, afgesloten te Straatsburg op 15 oktober 1985, geratificeerd bij de ordonnantie van 22 april 1999, kiezen de besturen vrij de wijze waarop zij de taken van openbaar nut wensen te vervullen waarvoor zij aansprakelijk zijn. Wanneer zij een beroep doen op hun eigen diensten die zijn onderworpen aan interne vereisten eigen aan de verwezenlijking van doelstellingen van openbaar nut of op een gemeentelijke regie zonder eigen rechtspersoonlijkheid, dan zijn de betrekkingen die aldus tot stand worden gebracht geen contract onder bezwarende titel. Dan betreft het derhalve geen overheidsopdracht, maar een louter interne operatie van de gemeenten, ook "in house" genoemd.

Wanneer de gemeenten contracten onder bezwarende titel sluiten met entiteiten die over een eigen - publiekrechtelijke of privaatrechtelijke - rechtspersoonlijkheid beschikken, dan is op deze betrekkingen doorgaans de regelgeving voor overheidsopdrachten van toepassing.

1.4. Een derde vorm van contractuele betrekkingen bestaat wanneer een gemeente een contract onder bezwarende titel sluit met een maatschappij die over eigen rechtspersoonlijkheid beschikt, maar waarop zij een zekere controle uitoefent. In het voorliggende geval betreft het dan een intercommunale. Bij deze betrekkingen die regelmatig als quasi interne operatie of "quasi in house" benoemd kunnen worden, stelt zich de vraag in hoeverre men verplicht is in bepaalde omstandigheden de regelgeving met betrekking tot de overheidsopdrachten toe te passen.

In zijn arrest van 6 april 2006 (ANAV/Comune di Bari - AMTAB Servizio SpA), heeft het Hof trouwens de principiële regelmatigheid bevestigd van de 100 % openbare intercommunales ten opzichte van het "in house" criterium. Het arrest herbevestigt de keuzevrijheid van de overheden om een beroep te doen op de privé-sector (in naleving van de regels met betrekking tot de overheidsopdrachten), om gemengde kapitaalstructuren op te richten (eveneens onderworpen aan de regels met betrekking tot de overheidsopdrachten) of om zuiver openbare structuren in het leven te roepen (waarvoor de regels met betrekking tot de overheidsopdrachten niet van toepassing zijn). Een overheid kan rechtstreeks een concessie van openbare diensten toewijzen aan een maatschappij waarvan zij het volledige kapitaal bezit, dit voor zover zij hierop een controle heeft die analoog is aan deze op haar eigen diensten en op voorwaarde dat de maatschappij het grootste deel van haar activiteiten verricht ten behoeve van de overheid die haar oprichtte.

2. Het arrest "Stadt Halle" (HvJ EG, zaak C-26/03 van 11 januari 2005)

MINISTERE  
DE LA REGION DE BRUXELLES-CAPITALE

[C – 2006/31443]

11 JUILLET 2006. — Circulaire  
portant sur les relations contractuelles  
entre pouvoirs adjudicateursA Mesdames et Messieurs les Bourgmestres et Echevins de la  
Région de Bruxelles-Capitale

A Mesdames et Messieurs les Présidents des intercommunales

Mesdames et Messieurs,

## 1. Introduction

1.1. A la suite de la jurisprudence récente de la Cour de Justice des Communautés européennes dont la jurisprudence n'est pas sans conséquence sur la gestion locale bruxelloise, il m'est apparu important de rappeler aux autorités communales et aux conseils d'administrations des intercommunales bruxelloises certains des principes qui doivent régir leurs relations contractuelles.

1.2. En vertu de l'article 6, VI, § 1<sup>er</sup>, alinéa 4, 1<sup>o</sup>, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, le législateur est seul compétent pour fixer les règles générales de marchés publics telles que définies par les directives européennes. Je rappelle que pour qu'il y ait marché public au sens des directives européennes et de la loi du 24 décembre 1993 relatives aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il faut que la relation soit basée sur un contrat écrit conclu à titre onéreux entre deux personnes distinctes (dont l'une est au moins un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 4 de la loi) et porte sur une prestation visée par l'article 5 de la loi susvisée.

1.3. Conformément aux articles 141, 142 de la Constitution ainsi que la Charte européenne sur l'autonomie locale, faite à Strasbourg le 15 octobre 1985, ratifiée par l'ordonnance du 22 avril 1999, les administrations choisissent librement la manière avec laquelle elles entendent accomplir les missions d'intérêt public qui leur incombent. Lorsqu'elles font appel à leurs propres services régis par des exigences internes propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public ou à une régie communale sans personnalité juridique propre, la relation ainsi établie ne constitue pas un contrat à titre onéreux. Il ne s'agit donc pas d'un marché public, mais d'une opération purement interne aux communes, dite aussi "in house".

Lorsque les communes concluent des contrats à titre onéreux avec des entités dotées d'une personnalité juridique propre - de droit public ou de droit privé - la relation relève en général de l'application de la réglementation des marchés publics.

1.4. Une troisième forme de relation contractuelle existe lorsqu'une commune conclut un contrat à titre onéreux avec une société dotée d'une personnalité juridique propre sur laquelle elle exerce un certain contrôle. Il s'agit dans le cas présentement envisagé d'une intercommunale. Si cette relation se voit régulièrement qualifiée d'opération quasi interne ou "quasi in house", elle pose la question de l'obligation d'appliquer dans certaines circonstances la réglementation des marchés publics.

Dans son arrêt du 6 avril 2006 (ANAV/Comune di Bari - AMTAB Servizio SpA), la Cour a par ailleurs confirme la licéité de principe des intercommunales 100 % publiques par rapport au critère "in house". Cet arrêt réaffirme la liberté de choix des pouvoirs publics entre l'appel au privé (dans le respect des règles de marchés publics), la création de structures de capitaux mixtes (également dans le respect des règles de marchés publics) et la création de structures purement publiques (pour laquelle les règles des marchés publics ne trouvent pas à s'appliquer). Un pouvoir public peut attribuer directement une concession de services publics à une société dont il détient entièrement le capital et pour autant qu'il détienne un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cette société réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient.

2. L'arrêt dit "Stadt Halle" (CJCE, affaire C-26/03 du 11 janvier 2005)

Het arrest "Stadt Halle" bracht recent de verplichtingen van aanbestedende overheden ter zake in herinnering. De conclusies van het arrest viseren rechtstreeks de betrekkingen tussen bepaalde organisatievormen van het plaatselijk beheer, i.e. de gemeenten, en de zuivere en gemengde intercommunales.

2.1. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen antwoordde met dit arrest op een prejudiciële vraag met betrekking tot artikel 234 van het EU-verdrag, ingediend door het Oberlandesgericht Naumburg dat een geschil diende te beslechten tussen de "Stadt Halle" (Duitsland) en de firma "RPL Recyclingpark Lochau GmbH" enerzijds en de firma "Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna" anderzijds. Deze laatste betwistte de regelmatigheid van de toewijzing zonder mededinging van een dienstenopdracht met betrekking tot de verwerking, de recyclage en de opruiming van afval door de Stadt Halle aan de RPL Lochau, die is opgericht als maatschappij met beperkte aansprakelijkheid, waarvan Stadt Halle het meerderheidsaandeel bezit en een privé-onderneming een minderheidsaandeel. Naar aanleiding van het beroep ingediend door "TREA Leuna" voerde Stadt Halle ter verdediging aan dat RPL Lochau uit haar zelf is afgeleid aangezien zij de meerderheid van het kapitaal bezit. Hieruit leidt zij af dat zij de onderneming controleert en dat de betwiste beslissing dan ook moet worden aanzien als een "interne operatie", waarvoor de regelgeving inzake overheidsopdrachten derhalve niet toegepast hoeft te worden. Het Hof betwistte deze stelling.

2.2. Van de besluiten van het Hof dienen de volgende elementen in herinnering gebracht :

2.2.1. Als een aanbestedende overheid, met betrekking tot diensten waarop de regelgeving van toepassing is, de intentie heeft een contract onder bezwarende titel te sluiten met een maatschappij die juridisch onderscheiden is van zichzelf en waarin zij samen met één of meerdere privé-ondernemingen kapitaal aanhoudt, dan moeten de gunningsprocedures voor overheidsopdrachten worden toegepast zoals deze worden bepaald door de Europese richtlijnen.

2.2.2. De Europese regels inzake overheidsopdrachten beogen het vrij verkeer van diensten en het onvervalst openstellen van de mededinging door de lidstaten; zij zijn derhalve van toepassing als aan de voorwaarden is voldaan die zij vermelden. Elke uitzondering op deze verplichting moet daarom strikt geïnterpreteerd worden. In dat licht en behoudens de louter interne relatie en het ontbreken van iedere afzonderlijke rechtspersoonlijkheid wijst Stadt Halle op twee uitzonderingen :

— als - bij de oprichting van de structuur - de beslissingsbevoegdheid van de gemeente wordt overgeheveld ten gunste van de intercommunale. Elke verrichting van prestaties die voortvloeit uit de uitvoering van de statuten is dus geen overheidsopdracht in de zin van de regelgeving. Daarentegen is elke individuele bestelling waartoe de gemeente beslist en waarvan het doel niet rechtstreeks en uitdrukkelijk vermeld wordt in de statutaire bepalingen van de intercommunale waarvoor deze laatste alleen beslist, onderworpen aan de toepassing van de regelgeving op de overheidsopdrachten;

— als de gemeente op de intercommunale een controle kan uitoefenen die analoog is aan haar controle op haar eigen diensten en als de intercommunale het grootste deel van haar activiteit verricht ten behoeve van de aandeelhoudende aanbestedende overheid (of overheden). Als de betrekkingen in kwestie beantwoorden aan deze twee, overigens cumulatieve, criteria, dan bestaat er geen contract in de zin van de richtlijnen en is er dus geen toepassing van de regelgeving op de overheidsopdrachten.

Het begrip van de analoge controle dient geanalyseerd te worden vanuit een functioneel oogpunt, aangezien "analoog" niet "vergelijkbaar" of "identiek" betekent. Het betreft het recht om instructies te geven en een toezichtsrecht op grond waarvan de beslissingen die door de intercommunale worden genomen, kunnen worden gecontroleerd en zelfs gecorrigeerd. De controle moet van toepassing kunnen zijn op alle beslissingen, zowel op strategische keuzes als op individuele beleidsbeslissingen. Zij moet per geval uitgeoefend kunnen worden in functie van de statuten van de betrokken entiteit en meer inhouden dan louter een dominante invloed : het betreft concrete controlerechten. Het beginsel van de analoge controle hoeft niet noodzakelijk als effectief beschouwd te worden uit hoofde van het feit dat alle leden van een maatschappij overheden zijn.

2.3. Elke deelneming - ook al is het een minderheidsaandeel of is er geen vetorecht aan verbonden - van een privé-persoon in het kapitaal van een maatschappij waarin tevens één of meerdere aanbestedende overheden deelnemen, sluit elke analoge controle uit. De deelname van respectievelijk particulieren en overheid streeft immers per definitie verschillende doelstellingen na; het doel dat door dit soort gemengde onderneming wordt nagestreefd, verschilt dus in beginsel essentieel van de eenvoudige diensten van het bestuur. Daarom houdt elke

L'arrêt dit "Stadt Halle" vient de rappeler récemment les obligations des pouvoirs adjudicateurs en cette matière. Ses conclusions visent directement les relations entre certaines formes d'organisation de la gestion locale, soit les communes et les intercommunales pures et mixtes.

2.1. La Cour de Justice des Communautés européennes a répondu par cet arrêt à une question préjudicielle au titre de l'article 234 du Traité CE introduite par l'Oberlandesgericht Naumburg dans le cadre du règlement d'un litige opposant la Stadt Halle (Allemagne) et la société RPL Recyclingpark Lochau GmbH à la société Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna. Cette dernière contestait la régularité de l'attribution sans mise en concurrence d'un marché de service relatif au traitement, à la valorisation et à l'élimination des déchets par la Stadt Halle à la RPL Lochau, constituée en société à responsabilité limitée dont le capital est détenu majoritairement par la Stadt Halle et pour une part minoritaire par une société privée. Suite au recours introduit par la TREA Leuna, la Stadt Halle fit valoir pour sa défense que la RPL Lochau constitue une émanation d'elle-même par le fait qu'elle en détient la majorité du capital et donc le contrôle et dès lors la décision querellée doit être qualifiée d'"opération interne" ne nécessitant aucune application des règles en matière de marchés publics. La Cour a contesté cette thèse.

2.2. Des conclusions de la Cour, il y a lieu de rappeler les éléments suivants :

2.2.1. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services visés par la réglementation avec une société qui lui est juridiquement distincte et dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par les directives européennes doivent être appliquées.

2.2.2. Les règles communautaires en matière de marchés publics visent à la libre circulation des services et à l'ouverture de la concurrence non faussée par les Etats membres; elles sont dès lors d'application lorsque sont remplies les conditions qui y sont prévues. Toute exception à cette obligation est par conséquent d'interprétation stricte. Aussi, outre la relation purement interne en l'absence de toute personnalité juridique distincte, l'arrêt Stadt Halle rappelle deux exceptions :

— lorsqu'est transférée - lors de la création de la structure - la compétence décisionnelle de la commune au profit de l'intercommunale. Toute exécution de prestations résultant de la simple exécution des statuts ne constitue dès lors pas un marché public au sens de la réglementation. Par contre, est soumise à l'application de la réglementation des marchés publics, toute commande ponctuelle décidée par une commune et dont l'objet de celle-ci n'est pas directement et expressément inclus dans les missions statutaires de l'intercommunale et pour lesquelles celle-ci décide seule;

— lorsque la commune peut exercer sur l'intercommunale un contrôle analogue à celui qu'elle pratique sur ses propres services et que l'intercommunale réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Si la relation en question satisfait à ces deux critères qui sont par ailleurs cumulatifs, il n'y a pas de contrat au sens des directives et donc d'application de la réglementation des marchés publics.

La notion de contrôle analogue doit s'analyser d'un point de vue fonctionnel, "analogue" ne voulant pas dire "similaire" ou "identique". Il s'agit du droit de pouvoir délivrer des instructions et d'exercer un pouvoir de tutelle permettant de contrôler - voire de corriger - les décisions prises par l'intercommunale. Le contrôle doit pouvoir porter sur toutes les décisions, sur les choix stratégiques comme sur les décisions de gestion individuelles. Il doit d'une part être apprécié au cas par cas en fonction des statuts de l'entité concernée, et constituer davantage qu'une simple influence dominante : il s'agit de droits concrets de contrôle. Le principe du contrôle analogue ne doit pas être nécessairement considéré comme effectif dès lors que tous les membres d'une société sont des autorités publiques.

2.3. Toute participation - même minoritaire et sans droit de veto - d'une personne privée dans le capital d'une société à laquelle participe également un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exclut tout contrôle analogue. En effet, les participations respectives privées et publiques poursuivent des objectifs par définition différents; l'objet poursuivi par une telle entreprise d'économie mixte diffère donc par principe fondamentalement des simples services de l'administration. Dès lors, toute attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte

toewijzing zonder voorafgaande mededinging van een overheidsopdracht aan een gemengde onderneming een inbreuk in op de Europese regels inzake mededinging, non-discriminatie en gelijke behandeling en transparantie omdat de privé-onderneming wordt begunstigd die in het kapitaal vertegenwoordigd is ten koste van haar concurrenten.

### 3. Het arrest "Coname" (arrest HvJ EG, zaak C-231/03 van 21 juli 2005)

Bij de toewijzing van een contract dat valt buiten het toepassingsgebied van de regelgeving op de overheidsopdrachten, zoals een concessie van openbare diensten, moet ook aan transparantieverplichtingen voldaan worden. Dit is in hoofdzaak wat een ander recent arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen stelt in antwoord op een prejudiciële vraag gesteld door een Italiaanse rechtbank.

3.1. Het betrof de rechtstreekse toewijzing - zonder enige vorm van bekendmaking - door een gemeente van een concessie voor het beheer van gasdistributie aan een gemengde maatschappij met een meerderheidsaandeel van de overheid en waarin zij zelf 0,97 % van het kapitaal aanhield. Bij gebrek aan objectieve omstandigheden, zoals een zeer klein economisch belang, en rekening houdend met het feit dat een dergelijke concessie van belang kan zijn voor ondernemingen uit andere lidstaten heeft het Hof geoordeeld dat deze houding een ongelijke behandeling invoert ten nadele van ondernemingen gevestigd in een andere lidstaat, wat verboden wordt door de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag. Bovendien is een deelneming van 0,97 % in het kapitaal niet van die aard dat zij de betrokken gemeente de mogelijkheid biedt een controle uit te oefenen die analoog is aan de controle die zij uitoefent op haar eigen diensten; het Hof legt er de nadruk op dat een entiteit die ook maar gedeeltelijk uit privé-kapitaal bestaat niet mag worden gelijkgesteld met een interne dienst.

3.2. Bij gebrek aan verplichtingen vergelijkbaar met diegene die worden opgelegd door de Europese richtlijnen voor contracten die vallen onder het begrip overheidsopdrachten bestaat volgens het Hof de transparantieplicht ten laste van de aanbestedende overheid erin om iedere mogelijke inschrijver een passende mate van bekendmaking te waarborgen waardoor de dienstenopdracht kan worden opengesteld voor de concurrentie en een toezicht op de onpartijdigheid van de gunningsprocedures mogelijk wordt ("[...] consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication" - punt 62 van het voormelde arrest).

Om deze passende mate van bekendmaking te bepalen, dient in het kader van een marktanalyse te worden overwogen welke economische operatoren bij het voorziene contract belang kunnen hebben. De mogelijke concurrentie, de waarde en het voorwerp van het contract zullen in dit opzicht een beslissende rol spelen. Vervolgens dient de vraag gesteld betreffende de bekendmaking, de inhoud hiervan en de meest gepaste wijze (enerzijds de geografische draagwijdte, d.w.z. plaatselijk, regionaal, nationaal of Europees, en anderzijds de gebruikte communicatiedrager, die gaat van gemeentelijke affichage tot bekendmaking op het internet, via klassiek drukwerk in officiële kranten of de gespecialiseerde pers).

### 4. De praktische toepassingen op de Brusselse plaatselijke situatie

Derhalve vestig ik uw aandacht op de praktische gevolgen die men uit deze rechtspraak dient te trekken op het niveau van de Brusselse plaatselijke overheden op het gebied van de oprichting van onderscheiden rechtspersonen en van de omschrijving van de overeenkomsten tussen deze rechtspersonen.

#### 4.1. De "in house"-betrekkingen en de interne organisatie van de dienst

Een gemeente mag de taken van algemeen belang uitvoeren die haar via haar eigen administratieve en technische middelen opgelegd zijn, met andere woorden, via haar eigen diensten, zelfs via een gewone gemeenteregie. In dit geval is er geenszins sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel - de regelgeving op de overheidsopdrachten is dus niet van toepassing - vermits de betrokken entiteit juridisch niet onderscheiden is van de aanbestedende overheid: het betreft stricto sensu "in house"-betrekkingen.

sans mise en concurrence préalable porte atteinte aux principes communautaires de mise en concurrence, de non discrimination et d'égalité de traitement et de transparence parce que favorisant l'entreprise privée présente dans le capital au détriment de ses concurrentes.

### 3. L'arrêt dit "Coname" (arrêt CJCE affaire C-231/03 du 21 juillet 2005)

Des obligations de transparence dans l'attribution de contrat sortant du champ d'application de la réglementation des marchés publics tels que des concessions de services publics sont également à respecter. C'est en substance ce qu'a rappelé un autre arrêt récent de la Cour de Justice des Communautés européennes dans le cadre d'une réponse à une question préjudicielle posée par une juridiction italienne.

3.1. Il s'agissait de l'attribution directe - sans autre forme de publicité - par une commune d'une concession relative à la gestion de la distribution de gaz à une société d'économie mixte au capital majoritairement public et dans laquelle elle détient 0,97 % du capital. En l'absence de circonstances objectives tel qu'un enjeu économique très réduit, et compte tenu du fait qu'une telle concession était susceptible d'intéresser des entreprises situées dans d'autres Etats membres, la Cour a jugé qu'une telle attitude était constitutive d'une différence de traitement au détriment de toute entreprise située dans un autre Etat membre, interdite par les articles 43 et 49 du Traité CE. En outre, une participation dans le capital à hauteur de 0,97 % n'était pas de nature à permettre à la commune concernée d'exercer un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services; et la Cour d'insister sur le fait que toute entité ouverte même partiellement au capital privé ne permet pas d'être assimilée à un service interne.

3.2. En l'absence d'obligations comparables à celles fixées par les directives européennes pour les contrats relevant de la notion de marchés publics, l'obligation de transparence à charge du pouvoir adjudicateur "consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché de services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication" (point 62 de l'arrêt précité).

Pour déterminer ce "degré de publicité adéquat", il y a lieu de considérer dans le cadre d'une analyse de marché, pour quels opérateurs économiques le contrat projeté présente un intérêt. La concurrence potentielle, la valeur et l'objet du contrat joueront à cet égard un rôle décisif. Il convient ensuite de poser la question de la publication, de son contenu et de son mode le plus adéquat en regard de la circonstance en question (soit d'une part la portée géographique, c'est-à-dire le niveau local, régional, national ou européen, et d'autre part le média proprement dit, de l'affichage communale à la publicité via l'Internet en passant par la communication imprimée classique dans les journaux officiels ou la presse spécialisée).

### 4. Les applications pratiques à la situation locale bruxelloise

J'attire dès lors votre attention sur les conséquences pratiques qu'il y a lieu de déduire de cette jurisprudence aux niveaux des pouvoirs locaux bruxellois en matière de création de personnes juridiques distinctes et de qualification des contrats entre ces personnes.

#### 4.1. La relation "in house" et l'organisation interne du service

Une commune peut accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs et techniques, en d'autres termes, ses propres services, voire par l'intermédiaire d'une régie communale ordinaire. Il n'est dans ce cas aucunement question de contrat à titre onéreux - la réglementation des marchés publics ne trouve dès lors pas à s'appliquer - puisque l'entité concernée n'est pas distincte juridiquement du pouvoir adjudicateur: il s'agit d'une relation "in house" au sens strict.



#### 4.2. De "in house"-betrekkingen tussen een gemeente en een intercommunale

Om als interne operatie of als "in house" gekwalificeerd te kunnen worden, moeten betrekkingen tussen twee onderscheiden personen, een gemeente en een intercommunale, beantwoorden aan de volgende voorwaarden :

1° de gemeente moet vrijwillig volledig afstand doen van haar bevoegdheid op het betrokken gebied. Dit uit handen geven heeft tot gevolg dat de gemeente op geen enkele wijze en in welke fase dan ook, nog zal kunnen tussenbeide komen in het besluitvormingsproces;

2° de intercommunale moet de materie in kwestie als eigen opdracht in haar maatschappelijk doel en in haar statuten opnemen.

Als een intercommunale integraal in de plaats treedt van haar gemeenten om bepaalde economische activiteiten te voeren, is volgens de traditionele rechtspraak van de Raad van State met betrekking tot het begrip overdracht van bevoegdheden van de gemeenten naar de zuivere intercommunales (arrest "Fédération nationale des Entrepreneurs routiers - Nationale Federatie van de Wegenbouwaannemers" van 1981, E.G. nr. 21.624 van 2 december 1981) de regelgeving op de overheidsopdrachten niet van toepassing op de betrekkingen die tussen de gemeenten en intercommunale aangeknoopt worden (vermits de intercommunale zelf aanbestedende overheid is en in haar betrekkingen met derden als dusdanig onderworpen aan de wetgeving op de overheidsopdrachten). Waar de intercommunale zich in de plaats stelt van de gemeente, daar moet men inderdaad in aanmerking nemen dat het een herinrichting betreft, die als uitdrukking van het openbaar gezag, als dusdanig, in toepassing van artikel 45 van het Verdrag een uitzondering vormt op de toepassingsgebieden van de afgeleide wetgeving op de overheidsopdrachten.

#### 4.3. Het bestaan van exclusieve rechten

Als de opdracht waarmee een intercommunale belast is, slaat op diensten in de zin van artikel 5 van bijlage 2 bij de wet van 24 december 1993 en die opdracht overeenkomstig artikel 3, § 2 van de voornoemde wet en artikel 25 van richtlijn 2004/17 en artikel 18 van richtlijn 2004/18 het voorwerp uitmaakt van een exclusief recht krachtens wetsbepalingen, verordenende of administratieve bepalingen, dan wordt die opdracht uitdrukkelijk buiten het toepassingsgebied van de regelgeving op de overheidsopdrachten geplaatst, zelfs wanneer zij een overeenkomst onder bezwarende titel vormt. Om de opdracht in kwestie uit te voeren, heeft de gemeente immers geen andere keuze dan haar toevlucht te nemen tot de intercommunale.

#### 4.4. De overeenkomst onder bezwarende titel tussen een gemeente en een intercommunale

Als de statuten van een intercommunale voor de gemeenten die lid zijn van de intercommunale voor dergelijke activiteit enkel in de mogelijkheid voorzien om hun toevlucht te nemen tot de diensten van die intercommunale, dan behoort deze laatste tot het toepassingsgebied ratione materiae van de Europese richtlijnen en van de Belgische regelgeving op de overheidsopdrachten. Met andere woorden, de gemeenten die het beheer van deze opdracht externaliseren, kunnen haar niet toevertrouwen aan de intercommunale zonder van tevoren een mededinging georganiseerd te hebben waarin de intercommunale op dezelfde wijze behandeld dient te worden als elke andere openbare of private operator die aan de procedure wenst deel te nemen.

#### 4.5. De keuze van de privé-partner in het kader van een gemengde intercommunale

De regels die gevolgd moeten worden voor de keuze van een privé-partner in het kader van een gemengde intercommunale zijn nauw verbonden met het maatschappelijk doel van de op te richten vennootschap :

— als dit maatschappelijk doel heel precies is en als de keuze van de private partner eveneens de keuze van het uit te voeren project inhoudt, of, anders gezegd, als de private partner gekozen wordt in functie van het project dat hij voorstelt, dan zou de procedure in principe tot het toepassingsgebied van de regelgeving op de overheidsopdrachten kunnen behoren (volgens arrest nr. 145.163 van 30 mei 2005 van de E.G., SA Constructions industrielles de la Méditerranée, C.N.I.M./Association intercommunale de traitement des déchets de la Région liégeoise, met dien verstande dat dit arrest een beslissing schorst en dus nog geen definitieve maatregel is);

#### 4.2. La relation "in house" entre une commune et une intercommunale

Une relation entre deux personnes distinctes, une commune et une intercommunale, doit répondre aux conditions suivantes pour être qualifiée d'opération interne ou "in house" :

1° la commune doit se dessaisir totalement de sa compétence en la matière concernée. Ce dessaisissement a pour conséquence que la commune ne pourra plus intervenir en aucune manière et à quel que stade que ce soit dans le processus décisionnel;

2° l'intercommunale doit reprendre dans son objet et dans ses statuts la matière en question comme mission propre.

Selon la jurisprudence traditionnelle du Conseil d'Etat relative à la notion de transfert de compétences des communes vers les intercommunales pures (arrêt Fédération nationale des Entrepreneurs routiers de 1981, CE n° 21.624 du 2 décembre 1981), lorsqu'une intercommunale est intégralement substituée à ses communes pour mener certaines activités économiques (l'intercommunale étant elle-même un pouvoir adjudicateur et soumise, en tant que telle, à la législation sur les marchés publics dans ses relations avec les tiers), la réglementation des marchés publics ne trouve pas à s'appliquer dans les relations nouées entre les communes et l'intercommunale. Là où il y a substitution de l'intercommunale à la commune, il faut en effet considérer qu'il s'agit d'une réorganisation, expression de la puissance publique qui, comme telle, échappe au champ d'application de la législation dérivée sur les marchés publics en application de l'article 45 du Traité.

#### 4.3. L'existence de droits exclusifs

Lorsque la mission assurée par une intercommunale porte sur des services au sens de l'article 5 et de l'annexe 2 de la loi du 24 décembre 1993 et fait l'objet d'un droit exclusif en vertu de dispositions législatives, réglementaires ou administratives conformément à l'article 3, § 2, de la loi précitée et des articles 25 de la directive 2004/17 et 18 de la directive 2004/18, celle-ci se voit expressément exclue du champ d'application de la réglementation des marchés publics alors même qu'elle constitue un contrat à titre onéreux. En effet, la commune n'a d'autre choix que de recourir à l'intercommunale pour assurer la mission en question.

#### 4.4. Le contrat à titre onéreux entre une commune et une intercommunale

Lorsque les statuts d'une intercommunale ne prévoient que la possibilité pour les communes membres de l'intercommunale de recourir aux services de celle-ci pour telle activité, cette dernière entre dans le champ d'application ratione materiae des directives européennes et de la réglementation belge des marchés publics. En d'autres termes, les communes qui externaliseront la gestion de cette mission ne pourront la confier à l'intercommunale sans avoir organisé au préalable une mise en concurrence dans le cadre de laquelle l'intercommunale devra se voir traiter au même titre que tout autre opérateur public ou privé désireux de participer à la procédure.

#### 4.5. Le choix du partenaire privé dans le cadre d'une intercommunale mixte

Les règles à suivre pour le choix d'un partenaire privé dans le cadre d'une intercommunale mixte sont intimement liées à l'objet social de la société à créer :

— si cet objet social est précis et que le choix du partenaire privé intègre également celui du projet à mettre en œuvre, ou, en d'autres termes, le partenaire privé est choisi en fonction du projet qu'il propose, la procédure pourrait entrer en principe dans le champ d'application de la réglementation des marchés publics (selon C.E., arrêt n° 145.163 du 30 mai 2005 SA Constructions industrielles de la Méditerranée, C.N.I.M./Association intercommunale de traitement des déchets de la Région liégeoise, étant entendu que cet arrêt est une suspension et ne constitue donc pas encore une mesure définitive);

— als dit maatschappelijk doel een algemene draagwijdte heeft, valt de keuze van de private partner buiten het kader van de regelgeving op de overheidsopdrachten. Zoals gepreciseerd wordt in het zogenaamde Coname-arrest dat hierboven wordt vermeld, moet men aan de procedure evenwel een “passende mate van bekendmaking” geven, met inachtneming de bepalingen van de artikelen 43 en 49 van het EG-Verdrag. Bij gebrek aan duidelijke regels, dring ik erop aan dat er gebruik wordt gemaakt van de door de regelgeving op de overheidsopdrachten bepaalde regels inzake bekendmaking, dit om op het vlak van de naleving van de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie, de onontbeerlijke waarborgen aan de procedure te verlenen.

In dit opzicht dient erop gewezen te worden dat de Raad van de Mededinging, na de op 19 december 2003 door de Europese Commissie besliste verwijzing van het dossier, op 8 maart 2004 (beslissing nr. 2004-C/C-26) heeft besloten om zich niet te verzetten tegen het oprichten van de nieuwe gemengde intercommunale Sibelga, ontstaan uit de hergroepering van de intercommunales van de groepen Interelec-Interga en Sibelgaz.

Vanaf het moment dat zij binnen het gebied van haar statutair doel blijven, vallen de betrekkingen van de gemengde intercommunale met de gemeenten, eens dat deze intercommunale is opgericht, niet binnen het toepassingsveld *ratione materiae* van de regelgeving op de overheidsopdrachten. Maar als een gemeente haar daarentegen andere opdrachten toekent die niet stroken met dit statutair doel, dan zullen de regels van de overheidsopdracht van toepassing zijn.

Het is daarentegen ook verboden een zuivere intercommunale op te richten om vervolgens haar kapitaal voor de privé-sector open te stellen zonder de vereiste mededingingsverplichtingen na te leven.

#### 6. De controleregels op zuivere en gemengde intercommunales door het Brussels Hoofdstedelijk Gewest

6.1. Ik wijs de intercommunale overheden erop dat de ordonnantie van 19 juli 2001 houdende regeling van het administratief toezicht op de intercommunales van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest, bij toepassing van de bepalingen van haar artikelen 7, 8 en 9 een algemeen toezicht (schorsing en nietigverklaring) en een goedkeuringstoezicht invoert. De gronden die een tussenkomst van de toezichthoudende overheid rechtvaardigen, zijn de klassieke gevallen van beslissingen die de wet schenden of het algemeen belang schaden.

6.2. Artikel 6 van de ordonnantie bepaalt dat alle handelingen van de algemene vergadering, van de raad van bestuur en van het college van commissarissen, aan de toezichthoudende overheid toegestuurd moeten worden.

De volgende beslissingen zijn onderworpen aan de voorafgaande goedkeuring van de toezichthoudende overheid (artikel 9) :

— de oprichtingsakte, de statuten en de bijlagen die er krachtens de statuten integraal deel van uitmaken;

— de beslissingen op het vlak van overeenkomsten betreffende de leveringen en diensten van algemeen belang tussen de intercommunales zelf of tussen de intercommunales en de gemeenten.

Alle beslissingen (voorwaarden en toewijzingen) betreffende het gunnen van de overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten zijn op hun beurt onderworpen aan het algemeen schorsings- en vernietigingstoezicht (artikel 7).

6.3. De intercommunales beschikken over 20 kalenderdagen om hun akten voor te leggen. De toezichthoudende overheid van haar kant beschikt over 40 kalenderdagen om een maatregel van schorsing of nietigverklaring te treffen; zij beschikt over dezelfde termijn voor de goedkeuring (deze termijn kan evenwel verlengd worden).

6.4. De Raad van State en de Hoven en Rechtbanken zijn, elk volgens zijn bevoegdheden, in geval van beroep bevoegd om eveneens controle uit te oefenen op de beslissingen van de gemeenten, autonome gemeentelijke regies en intercommunales.

— si cet objet social est de portée générale, le choix du partenaire privé n'entre pas dans le cadre de la réglementation des marchés publics. Comme précisé dans l'arrêt dit Coname cité ci-dessus, il y a lieu toutefois d'assurer à la procédure un "degré de publicité adéquat" dans le respect des dispositions des articles 43 et 49 du Traité CE. En l'absence de règles précises, je préconise de recourir aux règles prévues en matière de publicité par la réglementation des marchés publics, ceci aux fins de conférer à la procédure les garanties indispensables en matière de respect des principes de non discrimination, d'égalité de traitement et de transparence.

A cet égard, il y a lieu de rappeler que le Conseil de la concurrence, sur renvoi du dossier décidé par la Commission européenne le 19 décembre 2003, a décidé le 8 mars 2004 (décision n° 2004-C/C-26) de ne pas s'opposer à l'opération de constitution de la nouvelle intercommunale mixte Sibelga, issue du regroupement des intercommunales des groupes Interelec - Interga et Sibelgaz.

Une fois l'intercommunale mixte constituée, ses relations avec les communes n'entreront pas dans le champ d'application *ratione materiae* de la réglementation des marchés publics dès lors qu'elles restent dans le champ de son objet statutaire. Par contre, lorsqu'une commune vient à lui passer d'autres commandes ne correspondant pas à cet objet statutaire, l'application des règles de marché public s'imposera.

Il est par contre interdit de constituer une intercommunale pure pour ouvrir ensuite son capital au secteur privé sans respecter les obligations de mise en concurrence requises.

#### 6. Les modalités de contrôle des intercommunales pures et mixtes par la Région de Bruxelles-Capitale

6.1. Je rappelle aux autorités des intercommunales que l'ordonnance du 19 juillet 2001 organisant la tutelle administrative sur les intercommunales de la Région de Bruxelles-Capitale instaure une tutelle générale (suspension et annulation) et une tutelle d'approbation en application des dispositions de ses articles 7, 8 et 9. Les motifs justifiant une intervention de l'autorité de tutelle sont les cas classiques de décisions violant la loi ou blessant l'intérêt général.

6.2. L'article 6 de l'ordonnance prévoit que tous les actes de l'assemblée générale, du conseil d'administration et du collège des commissaires sont à transmettre à l'autorité de tutelle.

Les décisions suivantes sont soumises à l'approbation préalable de l'autorité de tutelle (article 9) :

— l'acte de constitution, les statuts et les annexes qui en vertu des statuts en font intégralement partie;

— les décisions en matière de conventions relatives aux fournitures et services d'intérêt communal entre les intercommunales elles-mêmes ou entre les intercommunales et les communes.

Toutes les décisions (conditions et attributions) relatives à la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services sont soumises quant à eux à la tutelle générale de suspension et d'annulation (article 7)

6.3. Les intercommunales disposent de 20 jours de calendrier pour transmettre leurs actes. L'autorité de tutelle dispose quant à elle de 40 jours de calendrier pour prendre une mesure de suspension ou d'annulation; elle dispose de ce même délai pour l'approbation (ce délai peut toutefois être prorogé).

6.4. Le Conseil d'Etat et les Cours et Tribunaux sont, par ailleurs chacun selon leurs compétences, habilités à exercer également un contrôle sur les décisions des communes, régies communales autonomes et intercommunales en cas de recours.

## 7. De autonome gemeentelijke regies

7.1. De bevoegdheid die het Brussels Hoofdstedelijk Gewest heeft om het gewoon administratief toezicht in de zin van artikel 7, 1ste lid van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 (gewijzigd door de bijzondere wetten van 8 augustus 1988, 16 juli 1993 en vervangen door bovenvermelde bijzondere wet van 13 juli 2001) te organiseren, is op alle gemeentelijke instellingen van toepassing, en derhalve ook op de autonome gemeentelijke regies.

7.2. Het Brussels Hoofdstedelijk Gewest organiseerde nog geen eigen toezicht op de autonome gemeentelijke regieën. Het gebrek aan een gewestelijke ordonnantie die specifiek is voor deze materie sluit evenwel niet uit dat deze instellingen aan het gewestelijk toezicht onderworpen kunnen worden. In afwachting van een specifieke ordonnantie naar het voorbeeld van deze van bovenbedoelde gemeenten en intercommunales, blijft dit type van gemeentelijke instellingen voorlopig onderworpen aan het toezicht dat door de artikelen 86 tot 88 van de gemeentewet van 30 maart 1836 ingesteld wordt. Dit toezicht omvat de schorsing (georganiseerd door artikel 86), de nietigverklaring (door artikel 87) en het ter plaatse sturen van een bijzondere commissaris (door artikel 88).

## 8. De toepassing van de regelgeving op de overheidsopdrachten

8.1. Als zij overheidsopdrachten gunnen die van het stelsel van de zogenaamde klassieke sectoren afhangen, zijn voor de gemeenten, de autonome gemeenteregies en de zuivere en gemengde intercommunales, de volgende bepalingen van toepassing :

— Boek I, Titels I, II en III (artikel 1 en artikelen 3 tot 25) en V van de wet van 24 december 1993 betreffende de overheidsopdrachten en sommige opdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten;

— het koninklijk besluit van 8 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en de concessies voor openbare werken;

— het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en zijn bijlage, de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken.

8.2. Wanneer zij overheidsopdrachten gunnen die afhangen van het stelsel van de zogenaamde bijzondere water-, energie-, vervoer- en postdienstsectoren, zijn voor de zuivere en gemengde intercommunales (de te verwachten eventuele autonome gemeenteregies) de volgende bepalingen van toepassing :

— Boek I, Titel IV (artikelen 1 tot 3 en artikelen 26 tot 41*quinquies*) van de wet van 24 december 1993;

— het koninklijk besluit van 10 januari 1996 betreffende de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten in de sectoren water, energie, vervoer en postdiensten;

— het koninklijk besluit van 26 september 1996 tot bepaling van de algemene uitvoeringsregels van de overheidsopdrachten en van de concessies voor openbare werken en zijn bijlage, de Algemene Aannemingsvoorwaarden voor de overheidsopdrachten voor aanneming van werken, leveringen en diensten en voor de concessies voor openbare werken.

Ik verzoek u om nauwgezet rekening te houden met de gevolgen van deze laatste ontwikkelingen van de Europese rechtspraak in alle betrekkingen tussen gemeenten en intercommunales. De ter zake bevoegde diensten van mijn administratie staan ter uwer beschikking voor elke technische ondersteuning die u nodig acht om uw projecten nauwgezet te doen aansluiten bij de geldende regelgevingen.

De Minister-President,  
Ch. PICQUE

## 7. Les régies communales autonomes

7.1. La compétence que détient la Région de Bruxelles-Capitale pour organiser la tutelle administrative ordinaire au sens de l'article 7, alinéa 1<sup>er</sup>, de la loi spéciale du 8 août 1980 (modifié par les lois spéciales du 8 août 1988, du 16 juillet 1993 et remplacé par la loi spéciale du 13 juillet 2001 susmentionnées) s'étend à toutes les institutions communales, soit à ce titre également les régies communales autonomes.

7.2. La Région de Bruxelles-Capitale n'a pas encore organisé de tutelle propre sur les régies communales autonomes. L'absence d'ordonnance régionale spécifique à cette matière n'exclut toutefois pas que ces organismes puissent être soumis à la tutelle régionale. Dans l'attente d'une ordonnance spécifique à l'instar de celles des communes et des intercommunales susvisées, ce type d'institutions communales reste provisoirement soumis à la tutelle organisée par les articles 86 à 88 de la loi communale du 30 mars 1836. Cette tutelle comporte la suspension (organisée par l'article 86), l'annulation (par l'article 87) et l'envoi d'un commissaire spécial (par l'article 88).

## 8. L'application de la réglementation des marchés publics

8.1. Pour les communes, les régies communales autonomes et les intercommunales pures et mixtes lorsqu'elles passent des marchés publics relevant du régime des secteurs dits classiques, les dispositions suivantes sont d'application :

— le Livre I<sup>er</sup>, Titre I<sup>er</sup>, II, III (articles 1<sup>er</sup>, et 3 à 25) et V de la loi du 24 décembre 1993;

— l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics;

— l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et son annexe, le Cahier général des Charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics.

8.2. Pour les intercommunales pures et mixtes (les éventuelles régies communales autonomes à venir) lorsqu'elles passent des marchés publics relevant du régime des secteurs dits spéciaux de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, les dispositions suivantes sont d'application :

— le Livre I<sup>er</sup>, Titre IV (articles 1<sup>er</sup> à 3 et 26 à 41*quinquies*) de la loi du 24 décembre 1993;

— l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux;

— l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et son annexe, le Cahier général des Charges des marchés publics de travaux, de fournitures et de services et des concessions de travaux publics.

Je vous invite à tenir compte scrupuleusement des conséquences de ces derniers développements de la jurisprudence européenne dans toutes les relations entre communes et intercommunales. Les services de mon administration compétents en ces matières sont à votre disposition pour tout soutien technique qui vous serait nécessaire aux fins d'inscrire vos projets dans le respect des réglementations en vigueur.

Le Ministre-Président,  
Ch. PICQUE