



Attribution et exécution concurrentielles des contrats publics éoliens

Gauthier ERVYN - Avocat associé Resolved

CONTRIBUTION ECRITE



Quels contrats « publics » éoliens?

Quels principes de concurrence?

Qui est soumis à ces principes?

Passation concurrentielle

Exécution concurrentielle

Recours et nullités

IL ÉTAIT UNE FOIS...UN PROJET DE SCIENCE-FICTION JURIDIQUE



- Université catholique de Louvain
- Projet de valorisation foncier
- Développement d'un parc éolien



UN PARC EOLIEN SUR LE LAC



NATURE DU PROJET – DEFINITION DU CONTRAT

Pure valorisation du foncier de l'UCL

*Mise à disposition d'un site pour une
activité éolienne*

OU

Projet éolien répondant à des
besoins de l'UCL

*Parc éolien strictement défini, avec
droits sur ouvrage ou fourniture
d'électricité*



PURE VALORISATION DU FONCIER



Gestion immobilière de bon père de famille:

- Octroi de droits réels ou personnels sur un terrain: superficie, emphytéose, vente, bail, concession domaniale...
- Liberté de l'opérateur pour développer son projet éolien
- Pas de commande de travaux, fournitures ou services par UCL

PURE VALORISATION DU FONCIER



- Projet aux frais et risques de l'opérateur
- Canon, redevance ou loyer

C.E., 17 août 2020, SRL Watt Else, no 248.148

C.E., 8 décembre 2022, SRL WPD Benelux, no 255.226

PURE VALORISATION DU FONCIER



N'implique pas:

- ☐ à titre principal ;
- ☐ l'exécution de travaux, fournitures ou services;
- ☐ répondant aux besoins de l'UCL (ou de ses étudiants)

Même si volonté de « développement vert » ou exigences/charges urbanistiques imposées

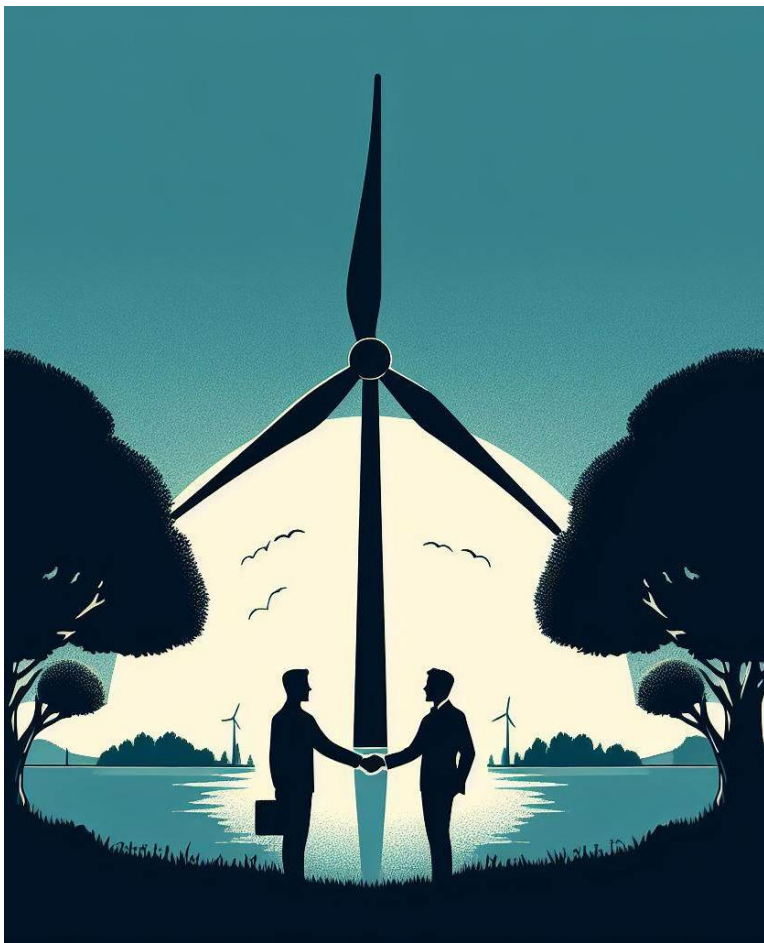
PURE VALORISATION DU FONCIER



Cfr. notamment:

- ❖ Préambule de la directive 2014/23/UE
- ❖ Doc.parl. Loi 17/06/2016 sur les concessions
- ❖ C.E., 8 décembre 2022, SRL WPD Benelux, no 255.226
- ❖ C.E., 17 août 2020, Watt Else n° 248,148
- ❖ C.E., 1er juillet 2022, SRL Jambes Casernes Equilis, no 254.209.

PROJET EOLIEN « COLLABORATIF »



Développement d'un projet éolien

- répondant à des besoins de l'UCL: parc éolien « strictement défini »
- OU au bénéfice économique direct de l'UCL (ou de ses étudiants)
- Contrepartie finançant l'éolienne ou l'électricité

MARCHE PUBLIC



- Contrat
- A titre onéreux
- Entre un/plusieurs pouvoir(s) adjudicateur(s)
- Et un/plusieurs opérateur(s) économique(s)
- Ayant pour objet l'exécution de travaux, fournitures ou services

MARCHE PUBLIC



En matière de travaux:

« Intérêt économique direct pour le pouvoir adjudicateur » OU « ouvrage répondant aux besoins »

C.J.U.E., 25 mars 2010, Helmut Müller, C-451/08

MARCHE PUBLIC



- *titre juridique sur l'ouvrage*
 - *avantages économique résultant de l'utilisation ou cession future*
 - *participation financière du PA*
 - *risques économiques assumés par PA*
- OU*
- *influence déterminante sur ouvrage*

MARCHE PUBLIC



C.E., 17 août 2020, SRL Watt Else, no 248.148

Pas de MP car pas d':

« Obligation d'installer / exploiter les éoliennes »:

- ☐ *possibilité de demander l'exécution forcée en justice*
- ☐ *sanctions contractuelles*

MARCHE PUBLIC



- ✓ MP T: construction d'une éolienne
 - ❖ Mise à dispo de l'UCL pour son exploitation
 - ❖ Participation ou risque financier de l'UCL
 - ❖ Influence déterminante de l'UCL sur la conception

MARCHE PUBLIC



- ✓ MP F: fourniture d'électricité
 - ❖ À l'UCL
 - ❖ A un groupe de bénéficiaires identifiés (étudiants)?

CONCESSION DE TRAVAUX / SERVICES



- Contrat
- A titre onéreux:
Contrepartie = droit d'exploiter les T / S
- Entre un/plusieurs pouvoir(s) adjudicateur(s)
- Et un/plusieurs opérateur(s) économique(s)
- Ayant pour objet l'exécution de travaux, fournitures ou services

CONCESSION DE TRAVAUX / SERVICES



- Transfert significatif du risque d'exploitation au promoteur éolien:
 - UCL confie la construction et l'exploitation d'une éolienne à un opérateur
 - Pour répondre à des besoins de l'UCL ou de tiers qu'elle désigne (étudiants)
 - En laissant à l'opérateur les principaux risques d'exploitation:
 - disponibilité de l'éolienne
 - demande des usagers

PARTENARIATS PUBLICS-PRIVES



- PPP contractuels
- PPP institutionnels: filiale commune
- Qualification en MP, concession ou contrat immobilier

SUBVENTIONS ET SPONSORING ?



- Subventions: soutien d'une activité d'intérêt général par l'autorité
Absence de « contrat » / engagement unilatéral
- Sponsoring = mécénat d'un opérateur éolien
Purement gracieux?



APRES ANALYSE: CESSION D'UN DROIT IMMOBILIER SUR LE LAC



QUELLE CONCURRENCE POUR L'OCTROI D'UN DROIT DE SUPERFICIE?



- ✓ Art. 18 TFUE : non-discrimination en raison de la nationalité
 - ❑ 49 et 56 TFUE: libre établissement / libre prestation de services
 - ❑ égalité de traitement
- ✓ CJUE Telaustria C-324/98 (7/12/2000)
 - ❑ Obligation de transparence: publicité, concurrence, impartialité des procédures

QUELLE CONCURRENCE POUR L'OCTROI D'UN DROIT DE SUPERFICIE?



- ✓ CJUE Sporting Exchange C-203/08 (3/06/2010)
 - ❑ Obligation de transparence pour l'octroi de tout droit exclusif d'exercer une activité économique
- ✓ C.E. 2 mai 2012, Belgacom, no 219.116

QUELLE CONCURRENCE POUR L'OCTROI D'UN DROIT DE SUPERFICIE?



- ✓ Droit primaire autonome de la concurrence
- ✓ Égalité, transparence, non-discrimination, proportionnalité
- ✓ Intérêt transfrontalier certain / affectation des échanges intracommunautaires

PRINCIPES DE DROIT ADMINISTRATIF BELGE



- ✓ Autorités administratives: décisions contraignantes à l'égard de tiers
- ✓ Art. 10 et 11 Constitution
 - C.E., 2 février 1993, no 41.878, Seaport terminal: égalité pour l'attribution de concession domaniale

PRINCIPES DE DROIT ADMINISTRATIF BELGE



- ✓ Loi du 29/07/1991:
 - ❑ Motivation claire, complète, précise, adéquate
 - ❑ Considérations de droit et de fait motivant la décision
- ✓ Décret wallon du 30/03/1995 relatif à la publicité de l'Administration
- ✓ Transparence, motivation, examen sérieux des offres

UCL EST-ELLE SOUMISE AU DROIT DE LA CONCURRENCE?



- Application du TFUE aux « Etats-membres »
- Définition de « pouvoir adjudicateur » dans les directives MP et concessions
- Interprétation fonctionnelle de la CJUE

UCL EST-ELLE SOUMISE AU DROIT DE LA CONCURRENCE?



- « *Entités qui, en raison de leur situation institutionnelle, sont exposées au double risque de donner une préférence aux entreprises nationales et de se laisser guider par des motifs d'ordre politique plutôt que par des considérations économiques ou relevant de la stricte logique du marché* »

UCL EST-ELLE SOUMISE AU DROIT DE LA CONCURRENCE?

■ UCL est une entité:

- a) créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;

C.J.C.E., C-380/98 du 3 octobre 2000, University of Cambridge.

- b) ET qui a la personnalité juridique
- c) ET financée / contrôlée / ~~dirigée~~ majoritairement par la FWB

- C.E. arrêt n° 210.776 du 28 janvier 2011, LES ENTREPRISES GILLES MOURY / HELMo
- CE arrêt n°233.846 du 17 février 2016, STRABAG BELGIUM, / Université Catholique de Louvain



CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU DROIT DE LA CONCURRENCE?



- Champ d'application personnel des principes de concurrence européens = « pouvoirs adjudicateurs »

C.J.U.E., 13 avril 2010, Wall, C-91/08

CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU DROIT DE LA CONCURRENCE?



- Ccl. Avocat-général: définition uniforme de la notion de pouvoir adjudicateur, dans la mesure où cette notion est censée viser l'ensemble des entités publiques susceptibles de confier la prestation d'activités économiques à un tiers, et ce indépendamment du type de contrat conclu

CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU DROIT DE LA CONCURRENCE?



- Concurrence des contrats éoliens « publics » à respecter par de très nombreuses entités:
 - ❑ Publiques: administrations, OIP, entités para-fédérales/régionales, intercommunales, ASBL publiques,...
 - ❑ Privées: institutions sociales, médicales, d'enseignement, culturelles, sportives, etc

CHAMP D'APPLICATION PERSONNEL DU DROIT DE LA CONCURRENCE?

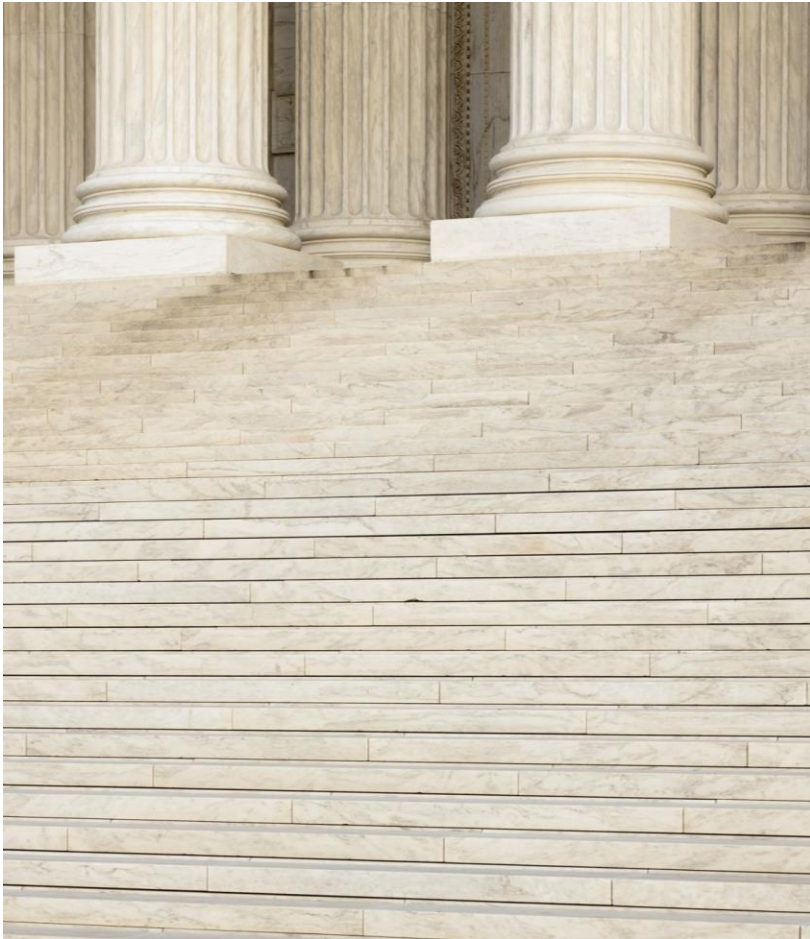


toute entité publique qui octroie le droit exclusif à un opérateur économique de construire ou exploiter un parc éolien sur un terrain public se doit de respecter les principes de concurrence

PROCEDURE D'ATTRIBUTION



SOURCES D'INSPIRATION



- ✓ Livre vert de la Commission européenne sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions du 30 avril 2004
- ✓ Circulaire RW 23/02/2016 portant sur les opérations immobilières des pouvoirs locaux
- ✓ Art. 6/1 et 6/3 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité
 - AR 8/05/2014 relatif aux conditions et à la procédure d'octroi des concessions domaniales pour la construction et l'exploitation d'installations de stockage d'énergie hydroélectrique dans les espaces marins sur lesquels la Belgique peut exercer sa juridiction conformément au droit international de la mer

1 ETABLISSEMENT DE RÈGLES TRANSPARENTES



C.E., 26 juillet 2022, Storm Management / Raeren, no 254.294

- Formulation claire et non-discriminatoire de l'ensemble des conditions et modalités
- Permettre à tous de comprendre la portée
- Donner à tous les mêmes chances

1. ETABLISSEMENT DE RÈGLES TRANSPARENTES



Etablissement d'un CSC avec:

- description de la nature/objet du contrat
- procédure d'attribution
- conditions d'exécution

1. ETABLISSEMENT DE RÈGLES TRANSPARENTES



Approbation par une décision:

- autorité compétente
- préalable au lancement de la procédure
- incluant une estimation de la valeur du contrat

1 ETABLISSEMENT DE RÈGLES TRANSPARENTES

Prospection préalable:

- Cfr consultation publique de l'Etat pour la concession éolienne offshore Princesse Elisabeth



2 Publicité adéquate



- ✓ déterminée dans la décision de lancement
- ✓ proportionnée à la valeur: effet transfrontalier certain?
- ✓ internet / valves et journaux / diffusion auprès des fédérations professionnelles / presse / avis BA ou JOUE

3 Traitement égalitaire



- ✓ Égalité des candidats:
 - ☐ contacts écrits /oraux
 - ☐ avis rectificatif / CSC adapté / délai prolongé
 - ☐ appréciation égalitaire des lacunes et erreurs
 - ☐ négociations non-discriminatoires
 - ☐ modifications substantielles?
- ✓ Patere legem

4 Analyse non-discriminatoire des offres et attribution



Sélection: capacité minimale

Régularité: formelle et matérielle (prix)

Critères d'attribution

5 Motivation de la décision d'attribution



Décision d'attribution prise par l'autorité compétente

Loi du 29/07/1991: UCL PAS SOUMISE

- ☐ Autorités administratives: décisions contraignantes à l'égard de tiers
- ☐ Motivation claire, complète, précise, adéquate
- ☐ Considérations de droit et de fait motivant la décision

5 Motivation de la décision d'attribution

C.E. 26 juillet 2022, Storm Management, no 254.294

- Comprendre les raisons de la décision
- Permettre le contrôle de l'exactitude, admissibilité et pertinence des motifs



6 Communication



132076553

Informers les candidats

DW 30/03/95 relatif à la publicité de l'administration: UCL PAS SOUMISE

- ☐ Active: personne de contact et voies de recours
- ☐ Passive: demande de copie

Communication de l'attribution vs conclusion du contrat

Signature contrat

EXÉCUTION CONCURRENTIELLE DU CONTRAT



1 Transparence des règles d'exécution



Indication claire des conditions et modalités d'exécution

Pas de modification substantielle en cours d'exécution

- ☐ sauf clause de réexamen
- ☐ sauf imprévision ou cas de force majeure
- ☐ sauf raison d'ordre/sécurité/santé public

2 Durée et renouvellement



Durée limitée à ce qui est nécessaire pour amortir les investissements

20 à 25 ans? (hors années d'études et démantèlement)

Prolongation?

EXCEPTIONS A LA CONCURRENCE?



- I. Raisons impérieuses d'intérêt général: sécurité publique...
- II. Un seul candidat:
 - ☐ voisin incontournable?
 - ☐ titulaire d'un permis ou de droits exclusifs auprès de fermiers?
- III. In house / coopération horizontale non-institutionnalisée

VI. NULLITÉ ET RECOURS



- ❖ Distinction CE / trib. judiciaires
- ❖ Recours en suspension EU / référé effectif contre les attributions de MP/ concessions
- ❖ Pas de recours en suspension EU / référé effectif contre les attributions de droits réels
- ❖ Recours en annulation

Concurrence = base juridique de l'ordre économique et moral de la société (Cass. 22/01/2021)

- ❖ Absence d'effet / nullité absolue des contrats passés sans concurrence
- ❖ Sauf raisons impérieuses d'IG

Resolved.



MERCI POUR VOTRE ATTENTION

Gauthier ERVYN – Avocat

ge@resolved.law

www.resolved.law

www.marchéspublics.be