Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnées

De Roy, David

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2001

Document Version
le PDF de l'éditeur

Link to publication

Citation for pulished version (HARVARD):
De Roy, D 2001, 'L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnées', *Journal des Tribunaux*, Numéro 6002, p. 225-230.

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Download date: 25. Apr. 2024

Journal des tribunaux

3 mars 2001
120e année - N° 6002

Bureau de dépôt : Charleroi X
Hebdomadaire, sauf juillet/août

Editeurs : LARCIER, rue des Minimes, 39 - 1000 BRUXELLES
Edmond Picard (1881-1900) - Léon Hennebicq (1901-1940) - Charles Van Reepinghen (1944-1966) - Jean Dal (1966-1981)

9 ISSN 0021-812X

L'APPLICATION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS AUX A.S.B.L. SUBVENTIONNÉES

Les directives européennes relatives à la passation des marchés publics désignent comme pouvoirs adjudicateurs, non seulement les pouvoirs publics traditionnels, mais également certains organismes dépendant étroitement de ceux-ci. Cette dépendance étroite peut être notamment révélée par un important financement public.

Dans l'arrêt The University of Cambridge *rendu le 3 octobre 2000, la Cour de justice s'est prononcée sur la notion de « financement public ». Cette décision mérite d'être examinée, particulièrement pour son incidence, en droit belge, sur la situation des nombreuses a.s.b.l. majoritairement financées par des aides publiques.*

Une analyse succincte des enseignements de cet arrêt révèle que leur mise en œuvre se heurte à certaines difficultés; de plus, il ne paraît pas acquis que cette jurisprudence suffira à garantir le respect de la législation sur les marchés publics par ces a.s.b.l., et ce, à raison de la position particulière qu'elles occupent dans l'environnement administratif.

L'efficacité d'une politique européenne de réglementation des marchés publics dépend, dans une large mesure, du soin avec lequel est déterminé le champ d'application des directives prises dans ce domaine. Soucieuses de prévenir les manœuvres protectionnistes des Etats membres dans la passation de leurs commandes, les autorités européennes ont ainsi rendu applicables les directives relatives à la coordination des procédures de passation des marchés publics (1), non seulement aux Etats et collectivités territoriales, mais également à certaines personnes morales qui, tout en se distinguant du profil des pouvoirs publics « traditionnels », n'en subissent pas moins une influence particulière de ceux-ci : le risque est important de voir leur commandes exclusivement passées sur des marchés fermés à la concurrence, parce que balisés par les pouvoirs publics qui en réserveraient l'accès à leurs seuls nationaux (2). Ces personnes morales sont les organismes de droit public, les

(1) Directive 92/50/C.E.E. du Conseil du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (*J.O.C.E.*, L 209/1, 24 juill. 1992); directive 93/36/C.E.E. du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (*J.O.C.E.*, L 199/1, 9 août 1993); directive 93/37/C.E.E. du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (*J.O.C.E.*, L 199/54, 9 août 1993); directive 93/38/C.E.E. du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*J.O.C.E.*, L 199/84, 9 août 1993). Les directives 92/50, 93/36 et 93/37 ont été modifiées par la directive 97/52/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1997 modifiant les directives 92/50/C.E.E., 93/36/C.E.E. et 93/37/C.E.E. portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux (*J.O.C.E.*, L 328/1, 28 nov. 1997); la directive 93/38 a été modifiée par la directive 98/4/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 modifiant la directive 93/38/C.E.E. portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*J.O.C.E.*, L 101/1, 1er avril 1998). Enfin, on ajoutera qu'une nouvelle réforme de ce cadre normatif est en chantier : le 10 mai 2000, la Commission européenne a adopté deux propositions de directives relatives à la passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, respectivement dans les secteurs classiques (COM-2000-275) et dans les secteurs spéciaux (COM-2000-276); les textes de ces propositions sont accessibles à l'adresse http://europa.eu.int/comm/internal_market/fr/publproc/general/2k-461.htm.

(2) Ph. et M.-A. Flamme, « La panoplie des directives " Marchés publics " se complète : les secteurs hier exclus (eau, énergie, transports et télécommunications) ne le seront plus demain (analyse de la directive 90/531 du 17 sept. 1990) », *Rev. Marché commun*, 1991, pp. 348-349; Chr. Maugüé, « L'actualité communautaire des marchés publics », *A.J.D.A.*, n° spéc. *Actualité des marchés publics*, 1994, p. 39.

SOMMAIRE

- L'application du droit des marchés publics aux a.s.b.l. subventionnées, par D. De Roy 225
- Marchés publics - Pouvoir adjudicateur Organisme de droit public (C.J.C.E., 5e ch., 3 octobre 2000) 231
- C.P.A.S. - Aide sociale - Octroi - Conditions (Cass., 3e ch., 10 janvier 2000) 234
- Responsabilité - Préjudice « ménager » · Majoration des revenus du conjoint - Dommage se réalisant progressivement Intérêts compensatoires (Cass., 2e ch., 8 décembre 1999) 234
- Conseil d'Etat - Tribunal impartial - Conseiller d'Etat - Récusation - Conseiller ayant déjà jugé en référé (Cons. d'Etat, 13e ch., 14 décembre 2000, observations de D. Lagasse) 235
- Donation entre époux - Quotité disponible (Bruxelles, 2e ch., 29 juin 2000) 236
- Chronique judiciaire : Les deuils judiciaires - Université - Courrier des revues - Dates retenues.

Dans la collection Les Dossiers du J.T.
Les offres publiques d'acquisition
Chronique de jurisprudence 1989-2000
par Grégoire Jakhian
Voyez dépliant au centre de ce journal

entreprises publiques (3) et les personnes de droit privé bénéficiant de droits exclusifs pour l'exercice de certaines activités.

Les directives définissent les indices qui, pour chacune de ces trois catégories, révèlent l'influence des pouvoirs publics et justifient ainsi la reconnaissance de la qualité de « pouvoir adjudicateur ». Pour sa part, la Cour de justice a été saisie, à plusieurs reprises, de questions préjudicielles l'invitant à préciser la notion d'« organisme de droit public » (4), et a, de la sorte, contribué fort utilement à définir l'étendue du champ d'application *ratione personae* des directives. L'arrêt *The University of Cambridge* rendu le 3 octobre 2000 (5) lui a ainsi permis de se prononcer pour la première fois — semble-t-il — sur la notion de financement public dont bénéficient certains organismes, financement qui peut révéler leur dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics.

Outre l'intérêt qu'ils présentent pour l'interprétation des directives concernées, les enseignements qui se dégagent de l'arrêt *The University of Cambridge* méritent d'être analysés pour leur apport éventuel à la mise en œuvre de la législation belge sur les marchés publics (6). C'est donc à analyser succinctement la réception de cet arrêt dans les sphères administratives belges que seront consacrées ces quelques observations.

1 LA RÉGLEMENTATION, LES CIRCONSTANCES DE LA CAUSE, L'ARRÊT

Les directives européennes définissent l' organisme de droit public comme étant

« — tout organisme :

» — créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial»

» et

» — 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 par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public » (7).

L'organisme de droit public ainsi défini présente donc trois caractéristiques tenant respectivement à la personnalité juridique dont il est revêtu, à l'objet qui lui est assigné, ainsi qu'à une dépendance étroite à l'égard d'autres pouvoirs adjudicateurs. Cette dépendance étroite peut être révélée par l'un des trois indicateurs que sont le financement majoritairement assuré par des deniers publics, le contrôle auquel l'organisme est soumis ou les modalités de désignation des membres constituant les organes d'administration, de direction ou de surveillance.

Des listes d'organismes et catégories d'organismes de droit public dressées par les Etats membres sont annexées aux directives; elles ne sont pas exhaustives et sont susceptibles d'être révisées périodiquement (8).

Les données de l'affaire qui a amené la High Court of Justice à saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel peuvent être très brièvement résumées comme suit : les autorités universitaires du Royaume-Uni contestaient l'inscription des universités comme catégorie d'organismes de droit public sur l'une des listes annexées à la directive 93/37, estimant qu'elles ne devaient pas être soumises de manière générale aux directives « marchés publics ». Un aménagement de cette situation fut envisagé par le H.M. Treasury (ministère des Finances), mais il ne donna pas satisfaction aux autorités universitaires. Celles-ci décidèrent donc de porter le litige sur le plan juridictionnel; la High Court of Justice a ainsi été invitée à examiner le sort des universités au regard des directives « marchés publics », et, plus particulièrement, de la notion d'organisme de droit public que véhiculent ces directives.

S'il n'a jamais été contesté que les universités au Royaume-Uni possédaient la personnalité juridique et avaient été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, la démonstration de leur dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics s'est imposée comme élément central du litige. Plus particulièrement, il s'est agi d'examiner si les universités étaient financées majoritairement par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs (9).

Dès lors qu'était en jeu l'interprétation de l'expression « financée majoritairement par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public » à laquelle recourent les directives, la High Court of Justice s'est tournée vers la Cour de justice des Communautés européennes et, par ordonnance du 21 juillet 1998, a posé quatre questions préjudicielles.

La *première question* conduisait la Cour à identifier celles des ressources des universités qui doivent être considérées comme relevant d'un financement public. En d'autres termes, il s'agissait de déterminer si, par la seule circonstance qu'ils faisaient appel à des deniers publics, tous les transferts effectués par des pouvoirs adjudicateurs au bénéfice des universités devaient être considérés comme finançant ou soutenant celles-ci. A ce critère de l'origine publique des fonds, la Cour va préférer celui de la nature économique des opérations dans le cadre desquelles les transferts sont organisés. A la suite de M. l'avocat général Siegbert Alber, elle va noter que certains versements représentent la contrepartie de prestations incombant à l'université dans le cadre d'un contrat passé avec un pouvoir adjudicateur, prestations à l'accomplissement desquelles ce pouvoir adjudicateur a un intérêt économique (10). Remarquant que ces fonds n'ont pas pour effet de créer une dépendance différente de celle qui peut exister dans des relations commerciales normales, elle va en conclure qu'ils ne relèvent pas de la notion de financement public (11). Tous les versements provenant de pouvoirs adjudicateurs peuvent donc être considérés comme contribuant au financement public pour autant qu'ils ne doivent pas s'analyser comme la contrepartie de prestations assurées par l'organisme dans le cadre de relations contractuelles.

Au travers de la *deuxième question*, la Cour était invitée à se prononcer sur le caractère « majoritaire » du financement public, auquel fait référence l'article 1er des directives, comme révélateur de la dépendance d'un organisme à l'égard des pouvoirs publics. Sans vraiment surprendre (12), elle va considérer que l'activité d'un organisme est financée majoritairement par l'Etat, les col-

(3) Sur les difficultés inhérentes à la définition de l'entreprise publique dans les réglementations européenne et belge sur les marchés publics, cf. D. De Roy, « La notion d'" entreprise publique " dans la législation relative aux marchés publics » (à paraître dans *Entr. et dr.*, 2001/1).

(4) Un aperçu des arrêts rendus sur ces questions préjudicielles est donné par G. Vandersanden (et coll.), « Communautés européennes (Le droit économique de la C.E.E.) - Examen de jurisprudence : 1993 à 1998 », *R.C.J.B.*, 2000, pp. 641-649.

(5) C.J.C.E., 3 oct. 2000, aff. C-380/98, *The University of Cambridge*, non encore publié au *Recueil*. Les principaux extraits de cet arrêt sont reproduits ci-après.

(6) La législation belge sur les marchés publics, qui assure la transposition des directives précitées, s'identifie essentiellement au travers de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services (*M.B.*, 22 janv. 1994) et de ses arrêtés d'exécution, dont les principaux sont l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de service et aux concessions de travaux publics (*M.B.*, 26 janv. 1996) (modifié par A.R. 25 mars 1999, *M.B.*, 9 avril 1999, 2e éd.); l'A.R. 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 télécommunications (*M.B.*, 26 janv. 1996) (modifié par A.R. 25 mars 1999, *M.B.*, 28 avril 1999); l'arrêté royal du 18 janvier 1996 relatif à la mise en concurrence dans le cadre de la Communauté européenne de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (*M.B.*, 25 juin 1996) (modifié par A.R. 17 mars 1999, *M.B.*, 26 mars 1999); l'arrêté royal du 26 septembre 1996 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics (*M.B.*, 18 oct. 1996) (modifié par A.R. 14 oct. 1998, *M.B.*., 27 oct. 1998; A.R. 15 févr. 1999, *M.B.*, 24 févr. 1999; A.R. 29 avril 1999, *M.B.*, 19 mai 1999). Une description synthétique de ce cadre normatif est donnée par D. Batselé, Ph. Flamme, et Ph. Quertainmont, *Initiation aux marchés publics*, Bruxelles, 1999, pp. 6-9; cf. égalem. D. D'Hooghe, *De gunning van overheidscontracten en overheidsopdrachten*, 2e éd., Bruges, 1997, pp. 120-134.

(7) Art. 1er, *b* des directives 92/50, 93/36 et 93/37; art. 1er, 1), de la directive 93/38.

(8) Art. 1er, *b*, des directives 92/50, 93/36 et 93/37; art. 2, pt 6, de la directive 93/38.

(9) Conclusions de M. l'avocat général Siegbert Alber, pt 12.

(10) Arrêt, pt 24.

(11) Arrêt, pt 25.

(12) Une interprétation du terme « majoritairement » par référence à sa signification usuelle paraissait largement admise, bien avant que la Cour de justice ait été invitée à se prononcer à ce sujet. Cf. notam. D. Batselé, Ph. Flamme, et Ph. Quertainmont, *op. cit.*, p. 37; D. D'Hooghe, *op. cit.*, p. 164; J. Stevens, « De gemeentelijke, provinciale, ... v.z.w.'s en de overheidsopdrachten », *T.G.R.*, 1990, p. 373.

lectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, lorsque les ressources de cet organisme proviennent, pour plus de la moitié, d'interventions de ces pouvoirs publics. Elle fonde principalement son analyse sur la signification usuelle du terme « majoritairement » et, accessoirement, sur la référence à d'autres dispositions des directives (13).

Le caractère « majoritaire » ayant ainsi été traduit en termes de part relative des ressources, il s'imposait de déterminer la composition de la base de calcul de ce financement majoritaire : celle-ci doit-elle comprendre l'ensemble des sources de financement de l'organisme, ou être limitée aux seules ressources liées à certaines de ses activités (14)? Tel était l'objet de la *troisième question*. La Cour y répond en retenant la première des deux solutions, notant que la référence à un financement « majoritairement » public implique la possibilité d'autres moyens de financement et la prise en compte de ceux-ci dans la détermination de la base de calcul de ce financement majoritaire.

Enfin, dès lors que la part publique du financement d'un organisme est en perpétuelle évolution et que, par conséquent, la situation de celui-ci au regard de la réglementation des marchés publics peut être sujette à des modifications, il y avait tout naturellement lieu de se demander si le financement devait être apprécié dans un cadre chronologique particulier. Tel était précisément l'enjeu de la *quatrième question*, par laquelle la Cour était invitée à déterminer la période sur laquelle doit porter un calcul effectué aux fins d'établir si l'université est un pouvoir adjudicateur. A la faveur d'un subtil dosage de considérations relevant respectivement de ce caractère évolutif du financement et de l'aspiration légitime à la sécurité juridique, la Cour va estimer que la qualification de « pouvoir adjudicateur » reconnue à un organisme au moyen du critère de financement doit l'être sur une base annuelle correspondant à l'exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation d'un marché est lancée. Elle précisera que les données intervenant dans l'appréciation du mode de financement de l'organisme sont celles que livrent les chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire, même s'ils sont de nature prévisionnelle. Dans cette quatrième question, la juridiction de renvoi interrogeait également la Cour sur la manière dont il y a lieu d'avoir égard aux modifications prévisibles ou futures de ces données financières en cours d'exercice budgétaire. Il lui sera répondu qu'un organisme considéré comme pouvoir adjudicateur pour un marché, demeure soumis aux exigences de ces directives jusqu'à la clôture de la procédure concernée.

(13) Arrêt, pts 31 et 32.

(14) Il s'agissait, en l'occurrence, de savoir si toutes les sources de financement de l'université (en ce compris les fonds provenant des activités commerciales) doivent être prises en compte dans la détermination du caractère « majoritaire » d'un financement public ou s'il ne faut avoir égard qu'aux sources de financement des activités universitaires et connexes.

2 LES MARCHÉS DES A.S.B.L. SUBVENTIONNÉES

L'arrêt annoté convie l'observateur à examiner la situation de certaines personnes morales qui, à raison d'un important financement public, doivent être considérées comme « organismes de droit public » au sens des directives européennes et, par conséquent, sont soumises à la législation belge sur les marchés publics, qui se réfère à cette catégorie de pouvoirs adjudicateurs (15).

Dans le cadre de ces observations, nous visons très précisément (16) les nombreuses a.s.b.l. subventionnées, actives dans des domaines aussi variés que l'animation culturelle, l'aide sociale, la promotion touristique, la valorisation agricole... Il arrive que l'objet de ces a.s.b.l. soit reconnu, implicitement mais certainement (17), comme lié à la satisfaction de besoins d'intérêt général; la part considérable que peuvent représenter les interventions publiques dans leurs ressources financières, suffit parfois à révéler leur dépendance étroite à l'égard des pouvoirs publics.

S'agissant de ces a.s.b.l. subventionnées, l'arrêt *The University of Cambridge* met en évidence certains des critères d'appréciation de leur financement public; deux d'entre eux retiendront plus particulièrement l'attention (A et B). Par ailleurs, on se demandera si les enseignements de l'arrêt suffisent à garantir que ces organismes appliquent efficacement la législation sur les marchés publics (C).

A. — Les interventions relevant du financement public

La Cour exclut de la notion de « financement public » les versements effectués en contrepartie de prestations dans le cadre de « contrats à caractère synallagmatique » (18). Cette référence aux transferts de fonds liés à des prestations assurées par leur bénéficiaire interpelle de toute évidence : l'octroi de subventions est fréquemment subordonné au respect d'exigences; parmi celles-ci, peuvent figurer des prestations en faveur du pouvoir subsidiant (19). Au bénéfice de l'aide correspond donc — dans le chef de l'allocataire — la charge d'une obligation. Pareille intervention devra-t-elle être ignorée dans l'appréciation du financement de l'organisme qui en bénéficie, et cela, par la circonstance qu'elle implique des obligations respectives? Il est à craindre que l'arrêt se laisse interpréter en ce sens. De ce point de vue, la notion d'intérêt économique à l'accomplissement de la prestation (20) paraît sans doute plus heureuse, parce qu'elle permet de distinguer, parmi les interventions financières des pouvoirs publics, celles qui ont pour but de satisfaire certains besoins inhérents à leur fonctionnement, de celles qui visent uniquement à accorder un soutien à des organismes. Cette référence à l'intérêt économique n'en est pas moins délicate (21) et, dans certains cas, elle ne permet, pas plus que la figure du contrat synallagmatique, de distinguer avec précision les transferts qui relèvent du « financement public », de ceux qui y sont étrangers : il demeure parfois difficile d'établir si une opération ressortit à l'octroi d'une aide financière ou à des relations contractuelles établies à la faveur d'un marché de services. C'est ici qu'il faut évoquer la confusion entre marchés publics et subventions, que certains observateurs privilégiés de la vie administrative ont dénoncée à plusieurs reprises (22).

Il arrive ainsi que des opérations présentées comme marchés publics parce qu'elles impliquent certaines prestations à charge du partenaire des pouvoirs publics, visent en réalité à octroyer une aide financière, sans que la qualification de subvention leur soit pour autant reconnue. Pour faire bref, imaginons le cas d'une a.s.b.l. active dans le domaine de l'art lyrique, et au bénéfice de laquelle une personne publique va contracter des dépenses, moyennant apposition d'un logo ou de tout autre signe distinctif sur divers supports médiatiques (affiches, programmes, spots T.V., ...) diffusés à l'initiative de cette a.s.b.l. (23).

(15) Les questions relatives à l'intégration de cette notion d'« organisme de droit public » dans la législation belge sont notamment examinées par M.-A. et Ph. Flamme, « La loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics : révolution ou européanisation? », *J.T.*, 1994, pp. 387-389.

(16) Nous n'examinons donc pas les régimes des universités libres (art. 4, § 2, 9°, L. 24 déc. 1993), des personnes privées dont certains marchés sont subventionnés (art. 4, § 4) ou encore des organismes de droit public dont la dépendance à l'égard d'autres pouvoirs adjudicateurs est révélée par l'un des deux autres indices alternatifs que sont le contrôle de la gestion ou la désignation des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance (art. 4, § 2, 8°).

(17) La subvention est généralement définie comme étant une intervention financière d'un pouvoir public destinée au soutien d'activités jugées utiles à l'intérêt général (cf. notam., Ph. Quertainmont, *Droit administratif de l'économie - L'interventionnisme économique public et les relations entre l'Etat et les entreprises*, 2e éd., Bruxelles, 1996, p. 250). L'aide contribue à la réalisation d'une activité ponctuelle ou vise à soutenir le fonctionnement d'un organisme dont les activités, considérées globalement, sont ainsi reconnues utiles à l'intérêt général (subvention de fonctionnement); une reconnaissance qui rejaillit naturellement sur l'objet statutaire de l'organisme...

(18) Arrêt, pt 25.

(19) Cf., ci-après, le cas d'opérations de *sponsoring* dans lesquelles l'apposition de sigles témoignant du soutien public est exigée du bénéficiaire.

(20) Arrêt, pt 24.

(21) Dans la mesure où elle imposera parfois de rechercher les motivations des pouvoirs publics, lesquelles n'apparaissent pas toujours à la lecture des décisions concernées.

(22) La Cour des comptes y a accordé une attention particulière au cours des dernières années; cf., à titre d'exemple, *142e Cahier d'observations*, fasc. I, pp. 247-255; *146e Cahier d'observations (1er Cahier d'observations adressé au Conseil de la Communauté française)*, fasc. I, p. 12 (*Doc. Cons. Com. fr.*, 91(1989-1990) - n° 1); *152e Cahier d'observations (7e Cahier d'observations adressé au Parlement wallon)*, fasc. I, pp. 35-37 (*Doc. Parl. wall.*, 92(1995-1996) - n° 1); cette confusion a également été soulignée en France : cf. notam., le *Rapport public du Conseil d'Etat*, 2000, Considérations générales : *Les associations et la loi de 1901, cent ans après*, 2000, p. 300 (*E.D.C.E.*, n° 51).

(23) Toute ressemblance avec des a.s.b.l. existant ou ayant existé n'étant pas nécessairement fortuite ...

L'opération devra-t-elle s'analyser en marché public de services passé par ce pouvoir public pour répondre à un besoin de valorisation de son image de marque, ou s'agit-il d'une aide financière dont la liquidation est subordonnée à la garantie d'un écho publicitaire dont le pouvoir subsidiant souhaite voir entourer le soutien ainsi accordé? La Cour des comptes a montré comment le choix de l'une ou l'autre de ces qualifications permettait de détourner le prescrit de certaines législations ou réglementations (24).

On perçoit également combien, dans de tels cas, l'enseignement que livre la Cour de justice dans l'arrêt commenté pourrait être soumis à rude épreuve. Suffit-il, à l'image du magicien s'écriant « *Carpe*, je te baptise *Lapin* », de qualifier de marché de services une opération traduisant en réalité le soutien accordé à un organisme et contribuant à un financement public de celui-ci? Il y a fort à craindre que d'aucuns trouvent dans ce subterfuge une voie idéale pour échapper à la législation sur les marchés publics, en jouant sur la qualification incertaine d'opérations dont la prise en compte peut s'avérer déterminante dans l'appréciation de l'importance du financement public d'un organisme.

B. — Le budget, reflet du financement public d'un organisme?

Le recours que préconise la Cour de justice au budget d'un organisme, comme révélateur de la mesure d'un financement public, s'autorise assurément de justifications pertinentes : son annualité permet de tenir compte du caractère évolutif du financement; son antériorité par rapport à la période de référence (soit l'exercice budgétaire) le rend en principe (25) immédiatement accessible pour apprécier dès le début de cette période la situation de l'organisme au regard de la législation sur les marchés publics. Son efficacité nous paraît toutefois sujette à caution, surtout lorsqu'il s'agit d'examiner le sort des a.s.b.l. subventionnées. Les développements qui suivent tenteront de le laisser percevoir à la faveur d'une brève incursion au cœur de cette problématique.

Les obligations des a.s.b.l. en matière budgétaire sont définies en termes particulièrement flous. Si l'approbation du budget par l'assemblée générale répond à une exigence légale (26), les modalités de confection et de présentation de ce budget ne sont nullement régies par la législation organique des a.s.b.l. Ces lacunes inspirent plusieurs questions, observations ou réflexions.

Faut-il inscrire au budget de l'a.s.b.l. les subventions pour lesquelles une décision d'octroi sera prise et/ou notifiée en cours d'exercice, et ce, à concurrence du montant total de l'aide sur laquelle porte cette décision? Est-il préférable de ne prendre en considération que les montants dont la liquidation interviendra durant cette période, et ce, sans égard aux exercices budgétaires au cours desquels les aides ont été octroyées? La pratique de l'octroi des aides publiques révèle que la liquidation d'une subvention peut s'échelonner sur plusieurs exercices et suggère à quel point le choix de l'une ou l'autre des deux solutions ci-dessus exposées peut influencer la radioscopie du financement de l'organisme.

Par ailleurs, la Cour de justice considère que l'appréciation du financement public de l'organisme doit être fondée sur les chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire (27). *Quid* des aides dont le bénéfice paraît acquis à une a.s.b.l. avec une forte probabilité, mais pour lesquelles aucune décision d'octroi n'a encore été adoptée? Un souci de prudence devrait conduire les responsables d'une a.s.b.l. à n'inscrire au budget que les seules subventions dont le bénéfice est certain. Cette rigueur bien légitime pourrait toutefois conduire à occulter des interventions hautement probables (28), mais sur lesquelles le pouvoir subsidiant n'a pas encore statué au moment de l'adoption du budget de l'a.s.b.l., avec les conséquences que l'on devine quant à l'aptitude de ce budget à donner une image fiable du financement public. Ce risque mis en évidence par les conclusions de l'avocat général (29) ne paraît pas avoir retenu l'attention de la Cour : celle-ci, abordant la question des modifications qui surviennent en cours d'exercice dans le financement d'un organisme, en examine l'incidence sur la qualité de pouvoir adjudicateur reconnue dans le cadre d'un marché en cours, mais non pour les commandes qui seront passées à la suite de cette modification (30).

Enfin, est-il besoin de rappeler que le budget d'une a.s.b.l. est destiné aux seuls membres de celle-ci et que sa présentation n'est en principe assortie d'aucune publicité? Dans de telles conditions, quelle utilité peut encore revêtir, du point de vue qui nous préoccupe, ce document? Lorsque la Cour de justice se réfère au budget, elle voit en celui-ci un moyen permettant de rencontrer l'exigence de transparence de la situation financière d'un organisme à l'égard des tiers intéressés (31). Même à supposer que les responsables d'une a.s.b.l. aient négocié avec succès les difficultés liées à la confection du budget et qu'ils n'aient cédé à aucune des tentations de dérive ci-dessus évoquées, quel intérêt peut présenter l'image correcte et fiable d'un financement majoritairement (voire même intégralement) assuré par les deniers publics, si cette image n'est pas accessible aux entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services susceptibles d'être intéressés par les commandes de l'a.s.b.l.?

Les considérations succinctes qui précèdent mènent à un constat : faute d'obligations précises incombant aux a.s.b.l. dans la confection et la diffusion de leur budget, il y a fort à craindre que la solution de principe dégagée par la Cour de justice dans l'arrêt annoté ne puisse être efficacement appliquée au cas particulier des a.s.b.l. subventionnées (32).

Ce bref détour par la confidentialité du budget des a.s.b.l. subventionnées incite inévitablement à examiner l'environnement dans lequel elles évoluent et à se demander si les conditions d'exercice de leur activité statutaire sont de nature à garantir le respect de la législation sur les marchés publics.

C. — L'environnement des a.s.b.l. subventionnées

Point n'est besoin de se livrer à de savantes démonstrations pour soutenir que l'efficacité de notre législation sur les marchés publics prend largement appui sur deux adjuvants étrangers aux dispositions qu'elle contient. Il s'agit, d'une part, de la qualité d'autorité administrative reconnue à la majorité des pouvoirs adjudicateurs et, d'autre part, du contexte institutionnel dans lequel s'inscrivent bon nombre d'entre eux et qui oriente leur processus de décision.

1. — *La qualité d'autorité administrative*

La plupart des pouvoirs adjudicateurs apparaissent sous un profil tel que la qualité d'autorité administrative, au sens de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, peut leur être reconnue. A cette qualification s'attachent certains effets; nous en retiendrons trois.

Primo, les actes d'une autorité administrative sont susceptibles de faire l'objet de recours en annulation devant le Conseil d'Etat (33). Celui-ci peut ordonner d'en suspendre l'exécution (34) et, le cas échéant, envisager des mesures provisoires, « afin de sauvegarder les intérêts des parties ou des personnes qui ont intérêt à la solution de l'affaire » (35). La jurisprudence du Conseil d'Etat révèle d'ailleurs de

(Cour des comptes, *152e Cahier d'observations...*, pp. 35-37).

(24) *Ibid.*

(25) Force est toutefois de constater que cette antériorité peut être toute relative dès lors que le budget de bon nombre d'a.s.b.l. n'est fréquemment approuvé par leur assemblée générale qu'en cours d'exercice budgétaire. V. Peeters, « Les " comptes " de l'a.s.b.l. », *Les a.s.b.l. - Evaluation critique d'un succès*, Gand, 1985, p. 433, Commission droit et vie des affaires.

(26) Art. 4, 3°. et 13, al. 2, de la loi du 27 juin 1921 accordant la personnalité civile aux associations sans but lucratif et aux établissements publics.

(27) Arrêt, pt 41.

(28) A raison, par exemple, de leur caractère récurrent.

(29) Conclusions, pt 74.

(30) Arrêt, pt 43. M. l'avocat général suggérait, dans l'hypothèse de telles modifications, l'opportunité « d'évaluer une nouvelle fois le financement de l'organisme en cause au cours d'une année budgétaire aux fins de savoir si l'organisme en cause peut être qualifié de pouvoir adjudicateur » (concl., pt 74).

(31) Arrêt, pt 41.

(32) De ce point de vue, le droit français paraît, à la faveur d'une évolution récente, offrir un cadre mieux adapté à la réception des enseignements de cet arrêt *The University of Cambridge* : la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations (*J.O.*, n° 88, 13 avril 2000, p. 5646) définit certains cas dans lesquels les organismes de droit privé ayant reçu d'autorités administratives des subventions doivent communiquer leur budget (art. 10), ce qui devrait permettre de garantir une certaine transparence bien utile aux entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services intéressés par les commandes des organismes subventionnés. Cf. F. Lemaire, « Commentaire de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations », *Gaz. Pal.*, 22-24 oct. 2000, p. 7.

(33) Art. 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (ci-après désignées, L.C.C.E.).

(34) Art. 17, L.C.C.E.

(35) Art. 18, L.C.C.E.

nombreux cas de recours dirigés contre des décisions prises dans le cadre de procédures d'attribution de marchés publics. En ouvrant les portes du Conseil d'Etat à l'entrepreneur s'estimant lésé par une procédure d'attribution de marché entachée d'irrégularité, la qualité d'autorité administrative amorce en ce domaine une protection juridictionnelle tout à fait spécifique, complémentaire à celle qu'offre le juge judiciaire (36).

Secundo, à plusieurs reprises au cours des dernières années, les législateurs — tant fédéral que régionaux ou communautaires — ont prêté attention à cette même « autorité administrative », plus particulièrement dans les relations qu'elle entretient avec les administrés. Ceux-ci se sont vus offrir des garanties tenant à la motivation des actes administratifs, à la transparence administrative ou encore à l'institution de services de médiation (37). Les lois ou décrets relatifs à la motivation formelle des actes administratifs et à la transparence administrative (38) complètent les dispositions prévues à cette fin par la législation sur les marchés publics et offrent ainsi une protection supplémentaire aux entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services intéressés (39).

Tertio, le contrôle juridictionnel de l'administration a beaucoup évolué au cours des dernières décennies : d'une part, les motifs des décisions administratives peuvent aujourd'hui faire l'objet de vérifications minutieuses (40); d'autre part, la jurisprudence a contribué à révéler les composantes de la « légalité » dont procède toute autorité administrative et à laquelle elle doit conformer son action. Ainsi est-il généralement admis que, même là où des normes législatives ou réglementaires laissent à une autorité le choix des décisions qu'elle prend, ce choix ne peut se concevoir que dans le cadre de certaines limites; celles-ci se déduisent des principes généraux du droit administratif qui permettent d'éviter que le pouvoir discrétionnaire de l'administration ne devienne un pouvoir arbitraire (41). Le respect de la légalité ainsi conçue s'impose évidemment dans le domaine des marchés publics, où l'autorité se voit fréquemment reconnaître un pouvoir d'appréciation : dans le choix d'un mode de passation, dans l'appréciation des offres ou en d'autres circonstances, il n'est pas rare que soit invoqué le respect des principes d'égalité, de proportionnalité, d'impartialité ou de bonne administration. Ce contrôle des motifs et les exigences inhérentes à la légalité vont donc servir la qualité intrinsèque des décisions administratives en général, et, plus particulièrement, de celles prises dans le cadre de procédures de passation de marchés : l'action du pouvoir adjudicateur se trouve ainsi balisée malgré la marge d'appréciation que la législation peut, le cas échéant, lui réserver.

Les a.s.b.l. subventionnées, auxquelles nous prêtons une attention particulière, sont-elles des autorités administratives (42)?

Sans prétendre vider ici ce qui constitue une véritable bouteille à encre, il est permis de douter de ce que l'a.s.b.l. subventionnée peut être considérée comme autorité administrative, et ce, nonobstant sa qualité de pouvoir adjudicateur : il n'est en effet pas certain qu'à eux seuls la poursuite d'un objectif d'intérêt général et le financement majoritairement public autorisent, au regard des indices généralement mis en œuvre (43), à voir en ces a.s.b.l. de véritables autorités administratives. Ce décalage entre les notions, pourtant si proches, de « pouvoir adjudicateur » et d'« autorité administrative » n'est pas sans conséquences.

En ce qui concerne la protection juridictionnelle des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services, on rappellera que le Conseil d'Etat ne peut statuer que sur des recours dirigés contre les actes d'autorités administratives (44); par conséquent, les décisions prises dans le cadre d'une procédure d'attribution de marché par un pouvoir adjudicateur auquel cette qualité d'autorité administrative n'est pas reconnue ne pourront être querellées devant le Conseil d'Etat (45). Sans se livrer à une comparaison des mérites et inconvénients respectifs des interventions du Conseil d'Etat ou du juge judiciaire dans le contentieux des marchés publics, et plus particulièrement à la suite de recours à vocation préventive (46), on constatera qu'un entrepreneur bénéficie d'un éventail plus restreint de garanties à l'égard d'un pouvoir adjudicateur qui n'est pas considéré comme autorité administrative, dès lors qu'il ne peut choisir celle des deux voies de recours qu'il empruntera pour sauvegarder ses intérêts (47).

Par ailleurs, échappant aux obligations générales de motivation formelle de leurs décisions et de transparence de leur action, ces a.s.b.l. ne renonceront pas facilement à une certaine culture de la confidentialité (48) qui s'avère peu compatible avec les objectifs d'ouverture et de mise en concurrence poursuivis par le droit des marchés publics.

Enfin, une a.s.b.l. subventionnée, même soucieuse de respecter la législation sur les marchés publics, n'inscrira pas pour autant l'ensemble de son action dans ce « système » de légalité dont procède l'administration (49). Là où cette législation lui ménage une marge d'appréciation, l'a.s.b.l., jalouse de sa qualité de personne de droit privé, pourra éventuellement céder à la passion, bien plus qu'à la raison dictée notamment par les principes généraux du droit administratif.

2. — *Le contexte institutionnel*

Prises par des administrations centrales ou par des personnes de droit public créées dans le cadre de décentralisations territoriales ou fonctionnelles, les décisions administratives

(36) Le contentieux des marchés publics et l'articulation des garanties juridictionnelles offertes respectivement par le juge administratif et le juge judiciaire ont particulièrement retenu l'attention de la doctrine au cours des dernières années. Cf. notam. A. Delvaux, « Les recours dans le cadre du contentieux de l'attribution d'un marché public », *La nouvelle réglementation des marchés publics*, Liège, 1997, pp. 255-388 (*Faculté de droit de l'Université de Liège*, Commission droit et vie des affaires); Y. Hannequart et A. Delvaux, « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages-intérêts », *Entr. et dr.*, 1998, pp. 312-334; P. Goffaux et M. Lucas, « Des effets sur le contrat de l'annulation par le Conseil d'Etat de la décision d'attribuer un marché public », *A.P.T.*, 1998, pp. 56-70; P. Thiel, « Les recours des tiers dans les marchés publics : éléments de jurisprudence », *J.T.*, 1997, pp. 329-339.

(37) Sur cette contagion de la notion d'autorité administrative, au sens de l'article 14 des L.C.C.E., dans d'autres législations, cf. notam. F. Vandendriessche, « De invulling van het begrip administratieve overheid na de arresten *Gimvindus* en *B.A.T.C.* van het Hof van cassatie », *R.W.*, 2000, p. 498.

(38) Un aperçu de ces lois et décrets est donné par P. Lewalle, *Contentieux administratif*, Liège, 1997, pp. 39-132. A la liste des références citées par le professeur Lewalle, il convient d'ajouter la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes (*M.B.*, 19 déc. 1997).

(39) A.-L. Durviaux, « La transparence dans la procédure de passation des marchés publics », *La nouvelle réglementation des marchés publics*..., pp. 183-224.

(40) Pour un bref aperçu de l'étendue du contrôle juridictionnel des actes de l'administration, on se référera utilement aux considérations générales émises par P. Lewalle, « Le principe de proportionnalité en droit belge », *A.P.T.*, 1995, pp. 56-59; cf. égalem., en ce qui concerne le contrôle du pouvoir discrétionnaire, M. Leroy, *Contentieux administratif*, Bruxelles, 1996, pp. 289-291.

(41) D. Lagasse, « Le principe de la séparation des pouvoirs en droit de la sécurité sociale », obs. sous Cass., 3e ch., 10 juin 1996, *R.C.J.B.*, 1997, p. 467. I.D., « L'évolution du contrôle des actes administratifs " discrétionnaires " par le Conseil d'Etat de 1971 à 1986 », *A.P.T.*, 1987, p. 228.

(42) P. Lewalle, « Les a.s.b.l., moyen d'action des pouvoirs publics? », *Les a.s.b.l. - Evaluation critique d'un succès*..., p. 293.

(43) Sur ces indices, cf. notam., F. Vandendriessche, *De invulling van het begrip administratieve overheid*..., pp. 499 et s., et J.-M. Piret, « La notion d'autorité administrative », *A.P.T.*, 1999, pp. 236-238.

(44) Sous réserve de l'extension récente de la compétence d'annulation du Conseil d'Etat, notamment à l'égard des marchés des assemblées législatives, de leurs organes, de la Cour des comptes, de la Cour d'arbitrage, des organes du pouvoir judiciaire et du Conseil supérieur de la justice. Cf. P. Nihoul, « La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois sur le Conseil d'Etat », *J.T.*, 2000, pp. 357-358; D. Delvax, « La loi du 25 mai 1999 modifiant les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et le contrôle des actes administratifs des assemblées législatives », *C.D.P.K.*, 2000, pp. 425-433; L. De Geyter et F. Vandendriessche, « Het " nieuwe " artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en de bevoegdheid van de Raad van State ten aanzien van bestuurshandelingen van de wetgevende vergaderingen », *T.B.P.*, 2000, pp. 97-113.

(45) P. Flamey et J. Ghysels, « Welke rechter in kort geding is nog bevoegd wanneer de aanbestedende dienst geen administratieve overheid is? », *Nieuwe wetgeving betreffende overheidsopdrachten : revolutie of slechts structurele verduidelijking?*, Gand, 1997, pp. 135-143; P. Flamey, « Kort gedingen inzake overheidsopdrachten na de wet van 24 december 1993 », *C.D.P.K.*, 1997, pp. 103-121 (spéc. p. 119).

(46) Y. Hannequart et A. Delvaux, « L'attribution d'un marché public et les recours judiciaires autres que l'action en dommages-intérêts » ..., pp. 324-327.

(47) P. Flamey, *op. cit.*, p. 119.

(48) Confidentialité qui — on l'a vu — entoure notamment l'élaboration et l'adoption de leur budget, et que l'absence d'un contrôle général de leur activité contribue à entretenir. Sur cette articulation entre les préoccupations de contrôle des associations subventionnées et de transparence de leur action, cf. *Rapport public du Conseil d'Etat (de France)*, 2000, ..., pp. 298-301.

(49) P. Lewalle, *Le principe de proportionnalité*..., p. 54.

constituent généralement l'aboutissement de processus assez complexes, ponctués de nombreux contrôles; ces contrôles sont d'autant plus intenses lorsque les décisions ont trait à la passation de marchés publics et contribuent de la sorte à l'exécution du budget de l'administration concernée (50). Nonobstant leur très grande diversité (51), ces contrôles présentent la caractéristique commune de sensibiliser au respect de la légalité. Leur impact est particulièrement perceptible lorsque l'écho des constatations qui s'en dégagent résonne dans des sphères autres que celles des autorités concernées. Tel est par exemple le cas de contrôles faisant l'objet d'une information adressée par la Cour des comptes aux assemblées législatives, par le biais de son *Cahier d'observations*.

Gravitant à la périphérie des organigrammes administratifs et jouissant d'une indépendance sans doute essentielle à leur statut (52), les a.s.b.l. subventionnées ne voient pas leur action soumise à une surveillance comparable à celle qui pèse sur les administrations. Les contrôles dont elles font l'objet sont généralement sporadiques (53); ils ne portent pas sur l'ensemble de leurs comportements et ne peuvent ainsi offrir une garantie suffisante de respect de la législation sur les marchés publics pour toutes les commandes de ces a.s.b.l. (54).

(50) P.-J. Delahaut, « Les contrôles non juridictionnels des décisions en matière de commandes publiques », *A.P.T.*, 1979-1980, p. 15.

(51) Pour un aperçu de la diversité des contrôles financiers et administratifs dont font l'objet les marchés publics, cf. D. Batselé, Ph. Flamme et Ph. Quertainmont, *op. cit.*,pp. 257-298.

(52) P. Lewalle, « Les a.s.b.l., moyen d'action des pouvoirs publics?...», pp. 281-282 et 295, et *Rapport public du Conseil d'Etat (de France)*, 2000, ... p. 294.

(53) Tel est particulièrement le cas du contrôle de l'emploi des subventions, qui vise à déterminer si l'a.s.b.l. a respecté les exigences définies par la décision d'octroi de la subvention, et si elle justifie une utilisation conforme aux fins auxquelles cette aide avait été accordée. Même s'il arrive que ce contrôle autorise à porter un regard très large sur l'a.s.b.l. (cas des subventions de fonctionnement dont le contrôle passe par un examen de l'ensemble de la comptabilité. Cour des comptes, *150e Cahier d'observations, (5e Cahier d'observations adressé au Conseil de la Communauté française)*, fasc. 6, p. 57 (*Doc. Cons. Com. Fr.*, 122(1993-1994) - n° 1)), il n'aura pas pour objet de vérifier la légalité de toutes les décisions prises par les organes de l'a.s.b.l.

(54) Il peut toutefois arriver que le bénéfice d'une aide soit subordonné au respect de la législation sur les marchés publics pour les commandes de travaux, fournitures ou services utiles à la réalisation de l'activité subventionnée. Dans ce cas, le pouvoir subsidiant pourra, à la faveur du contrôle de l'emploi de la subvention, s'assurer de la légalité de ces commandes, particulièrement au regard de la loi du 24 décembre 1993 et de ses arrêtés d'exécution.

SHURGARD
SELF-STORAGE

BRUSSELS/BELGIUM

GENERAL COUNSEL EUROPE

SHURGARD is one of the largest operators in the self-storage business, with over 400 storage centres offering high-quality, convenient and secure storage space for private and professionals. Traded on the NYSE, the company employs over 1,200 people world-wide (over 220 in Europe), and has total annual revenues over US$ 180 million. In line with its growth and expansion, the company is now looking to hire a General Counsel for Europe.

Reporting to the Executive Finance Director, your main responsibilities will be:
- Take full responsibility for handling the legal issues in the real estate purchasing process, from building and environmental permit issues to participation in the purchase agreement negotiation process;
- Provide legal advice for the determination of the financing structure for new purchases;
- Provide adequate support for operations on contract issues, negotiations and foreclosure procedures;
- Act in supervisory capacity to the in-house Corporate Lawyer on other legal issues such as trade marks, capital raising process and corporate housekeeping.

The successful candidate has a university degree in law and has 7-10 years experience, preferably in a major real estate company or an international law firm with focus on contract law and real estate related issues. Fluent in English, French and Dutch, the ideal candidate is multicultural and able to work with all levels of management.

In return, SHURGARD is offering a very challenging position combining high responsibilities at a European level and continuous interactions with senior management, in an outstanding multicultural working environment. An excellent remuneration package is offered.

Interested applicants can send their detailed curriculum vitae in English, with reference 757, to Sophie.Felzim@robertwalters.com or Valerie.Delor@robertwalters.com, at the following address:
Robert Walters, avenue Louise 149 box 33, 1050 Brussels, or per fax (02.511.99.69).
Web: http//www.robertwalters.com
Tel.: 02.511.66.88.

ROBERT WALTERS

EUROPE USA AUSTRALIA NEW ZEALAND ASIA SOUTH AFRICA

3 CONCLUSION

L'arrêt *The University of Cambridge* prolonge utilement la série des décisions par lesquelles la Cour de justice alimente l'approche de la notion de « pouvoir adjudicateur ». La Cour y livre quelques précisions susceptibles d'aider à apprécier le financement public d'un organisme et à détecter — par le biais de cette lorgnette — l'existence d'un lien de dépendance entre cet organisme et un autre pouvoir adjudicateur.

Lorsqu'il s'agit d'analyser le sort des a.s.b.l. subventionnées à l'égard du droit des commandes publiques, la mise en œuvre des enseignements de cet arrêt se heurte toutefois à certaines difficultés que nous avons épinglées. Du reste, à supposer que ces difficultés puissent être surmontées, l'application effective des directives européennes ou de la loi du 24 décembre 1993 ne sera pas, pour autant, garantie, et ce, à raison de la position marginale qu'occupent ces a.s.b.l. par rapport à l'administration : elles ne sont en effet pas soumises aux contraintes qui pèsent sur l'action administrative, contraintes auxquelles correspondent, pour les administrés, d'importantes garanties.

Faut-il souhaiter que ces a.s.b.l. subventionnées intègrent le cercle des autorités administratives et se voient appliquer un « régime de droit public » (55)? Les réflexions trop superficielles que nous avons livrées dans la présente note ne nous autorisent pas à répondre à une question aussi délicate. Les développements qui précèdent auront, à tout le moins, permis d'attirer l'attention sur ce que l'assujettissement des a.s.b.l. subventionnées au droit des marchés publics s'inscrit à la croisée de préoccupations sensiblement différentes : pour n'en citer que trois, relevons l'aspiration légitime d'entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services à exploiter la perspective de débouchés que leur offrent les marchés publics; le souci de garantir aux a.s.b.l. leur autonomie et de les préserver de certains contrôles qui risqueraient de les dénaturer; le sort que notre société entend réserver à ce mode d'action administrative faisant appel au monde associatif privé. Une mise en œuvre efficace de la législation sur les marchés publics par ces a.s.b.l. passe par un équilibre — sans doute fort aléatoire — entre les priorités réservées à chacune de ces préoccupations.

David DE ROY
Référendaire près la Cour de cassation

(55) P. Lewalle, « Les a.s.b.l., moyen d'action des pouvoirs publics?...», p. 275.