



## EXPLICATION NOTION POUVOIR ADJUDICATEUR

La notion de « pouvoir adjudicateur » est une notion autonome de droit européen définie par la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, laquelle a été transposée en droit interne par la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

L'article 2 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 définit les « pouvoirs adjudicateurs » comme :

*« l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public »*

### **1. Notion d' « Organismes de droit public »**

*« c) les organismes de droit public et personnes, quelles que soient leur forme et leur nature qui, à la date de la décision de lancer un marché :*

***i. ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et;***

***ii. sont dotés d'une personnalité juridique, et;***

***iii. dépendent de l'État, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c), de l'une des manières suivantes :***

- 1. soit leurs activités sont financées majoritairement par l'Etat, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);*
- 2. soit leur gestion est soumise à un contrôle de l'Etat, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);*
- 3. soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par l'Etat, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c); »*

Des personnes morales de droit privé peuvent donc être des pouvoirs adjudicateurs (« personnes, quelles que soient leur forme et leur nature »). **Les conditions i, ii et iii sont cumulatives.** Si l'une d'entre elles n'est pas rencontrée, la « personne » ne sera pas un pouvoir adjudicateur. **Les conditions 1, 2 et 3 du point iii sont alternatives.** Il suffit que l'une d'entre elles soit rencontrée pour que la condition du point iii soit remplie.



## 2. Compréhension des conditions

- i. *...ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial*

Le point i comprend, lui-même, deux conditions cumulatives : la personne doit avoir été créée spécifiquement pour satisfaire un besoin d'intérêt général et ce besoin d'intérêt général ne doit pas être industriel ou commercial.

### i.1 ... créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général

#### i.1.1 ... créées pour satisfaire spécifiquement

Le terme « crée » ne s'entend pas au sens strict. Une entité qui prend en charge des besoins d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial après sa création peut être considéré comme répondant à la condition d'avoir été *créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général*.

Par ailleurs, une entité qui exerce des activités qui ne satisfont pas spécifiquement des besoins d'intérêt général en sus d'activités de cet ordre n'est pas nécessairement exclue de la qualification de pouvoir adjudicateur. Dans ce cas de figure, une entité est un pouvoir adjudicateur pour toutes ses activités et pas uniquement pour la partie de ses activités qui satisfont spécifiquement des besoins d'intérêt général.

#### i.1.2 .....des besoins d'intérêt général

Selon la jurisprudence de la Cour, cette notion recouvre « *des besoins qui, d'une part, sont satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché et que, d'autre part, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* » (CJUE, arrêt C-373/00, *Truley*). Toujours, selon la jurisprudence de la Cour, « *Il est à cet égard indifférent que de tels besoins soient également satisfaits ou puissent l'être par des entreprises privées* ». (CJUE, arrêt C-393/06 du 10 avril 2008, *Fernwärme*).

Selon la doctrine, « *Les activités considérées comme [relevant de l'intérêt général] répondent à une volonté inclusive et s'étendent au-delà d'activités de type régalién ou de missions fondamentales des pouvoirs publics. En effet, ces activités peuvent également renvoyer à des besoins qui répondent à une demande sociale et/ou collective, et qui participe à la cohésion* » (L. GRAUER, N. DE BACKER, « Les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » in *Aux frontières des marchés publics*, Larcier, CJBB, p.40).

À titre d'exemple, pour la Cour, satisfont à des besoins d'intérêt général :

- la production de documents administratifs officiels dans son arrêt *Mannesman* ;



- l'exploitation d'une station d'épuration dans son arrêt *Universale Bale* ;
- la fourniture de chauffage d'une agglomération urbaine dans son arrêt *Fernwarme* ;
- la réalisation d'opération immobilières visant à favoriser les activités lucratives au sein d'une collectivité dans son arrêt *Korkhonen* ;
- les activités mortuaires et de pompes funèbres dans son arrêt *Truley* ;
- ...

### i.2 ... ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial

Selon la Cour, le législateur a opéré une distinction entre, d'une part, les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et, d'autre part, les besoins d'intérêt général qui possèdent ce caractère. L'appréciation du caractère « autre qu'industriel et commercial » résulte d'un faisceau d'éléments juridiques et factuels démontrant que l'organisme n'agit pas pleinement dans des conditions normales du marché et pourrait se laisser guider par des considérations qui ne sont pas purement économiques.

À ce titre, l'existence d'une concurrence développée sur le marché sur lequel se meuvent les activités de l'organisme constitue un premier indice du caractère industriel ou commercial de l'activité. Dans son arrêt *Agora*, la Cour a eu l'occasion d'indiquer que la relation existant entre la compétitivité d'une activité et sa commercialité influençait considérablement la nature commerciale ou industrielle de l'activité en cause.

Si l'existence d'un marché compétitif et de la poursuite de rentabilité constituent certes des indices significatifs du caractère industriel ou commercial d'une activité, ils ne suffisent pas à eux seuls à conclure à son existence, ou, autrement dit, à l'absence d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial dans la mesure où ces éléments n'excluent pas nécessairement la possibilité qu'un organisme de droit public puisse être guidé par des considérations autres qu'économiques. D'autres indices tels que les conditions dans lesquelles l'organisme exerce ses activités peuvent témoigner du caractère industriel ou commercial de l'activité considérée. Ainsi, si l'entité opère dans des conditions normales de marché poursuit un but lucratif à titre principal, supporte les pertes liées à l'exercice de son activité sans qu'aucun mécanisme compensatoire ne soit prévu, ou encore fonctionne selon une logique de rendement et d'efficacité, il est probable que les besoins que l'entité vise à satisfaire soient considérés comme de nature industrielle ou commerciale. En revanche, un tel besoin d'intérêt général n'exclut pas que les activités donnent lieu à la réalisation de bénéfices pour autant que la poursuite de ce besoin ne constitue pas l'objet principal de l'entité et que sa gestion ne repose pas sur des critères de rendement, d'efficacité et de rentabilité. Ces critères sont désormais consacrés au considérant 10 de la directive 2014/24 et au considérant 12 de la directive 2014/25.

Certains facteurs militent en revanche en faveur du besoin d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial, tel que le fait que l'activité soit soumise à la délivrance d'une autorisation, qu'elle opère dans un marché non concurrentiel ou sans concurrence significative, que les prix des prestations exécutées par l'entité soient déterminés par des tarifs fixés par les autorités publiques, que l'entité ne prenne pas en charge les risques liés à



son activité et que les pouvoirs publics interviendraient pour recapitaliser, ou encore que l'entité bénéficie d'un financement public pour l'activité en cause. L'on constate ainsi en général, à l'analyse de la jurisprudence de la Cour, que le critère des besoins de l'intérêt général autre qu'industriel ou commercial témoigne de l'absence de forces concurrentielles sur le marché considéré » (L. GRAUER, N. DE BACKER, « Les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » in Aux frontières des marchés publics, Larcier, CJBB, pp. 42 à 44).

### *ii ...sont dotés d'une personnalité juridique*

Les personnes morales de droit public sont des institutions qui, si elles ne sont pas l'autorité publique elles-mêmes, ont été créées par l'autorité publique et qui participent à la politique publique pour l'intérêt général.

Les personnes morales de droit privé sont des institutions qui ont été créées soit à l'initiative privée, soit par l'autorité publique, agissant en tant que personne privée, et qui ne participent pas à la politique publique.

Certaines organisations telles que les associations de fait semblent, sur la base de ce critère, échapper à la réglementation sur les marchés publics. Les associations de fait sont des associations qui poursuivent un but désintéressé sans avoir la forme d'une ASBL ou d'une autre personne morale. Les sociétés dépourvues d'une personnalité juridique sont des partenariats entre des personnes qui poursuivent un but lucratif, sans toutefois constituer une personne morale, par ex. une société de droit commun, une société momentanée et une société interne. Les travaux, fournitures ou services pour le compte de différents pouvoirs adjudicateurs peuvent être fusionnés en un seul marché. Il est alors indiqué qui interviendra en leur nom commun lors de l'attribution et de l'exécution du marché.

### *iii ... dépendent de l'État, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c), de l'une des manières suivantes :*

- 1. soit leurs activités sont financées majoritairement par l'Etat, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);*
- 2. soit leur gestion est soumise à un contrôle de l'Etat, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);*
- 3. soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par l'Etat, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c); »*



Il convient de satisfaire à l'un de ces trois critères pour pouvoir parler d'influence majoritairement publique.

Le financement par l'autorité publique concerne l'ensemble du financement reçu par l'autorité publique au cours d'une année, donc tant le financement régulier que les subventions de projets. Ce financement public est ensuite comparé au total des revenus de l'organisation. Le contrôle de ce critère peut être réalisé à l'aide du dernier compte de résultats approuvé au moment de l'attribution du marché (subventions reçues en classe 1 et/ou classe 7).

La gestion soumise à la surveillance des autorités publiques ne concerne pas les contrôles financiers purs que les autorités publiques effectuent dans le cadre de l'octroi de subventions. Il s'agit par exemple de l'obligation de demander l'avis ou l'approbation préalable de l'autorité de contrôle en ce qui concerne la formation du personnel, le rééchelonnement de la dette, la modification des statuts, etc. ou de l'obligation de communiquer les décisions prises.

Enfin, la composition du Conseil d'administration peut démontrer une influence majoritairement publique. Le manque de clarté des statuts quant au fait que les autorités publiques sont représentées pour plus de la moitié n'est pas un argument suffisant pour échapper au champ d'application. Il arrive en effet souvent que les statuts ne mentionnent pas au nom de quelle organisation certains membres siègent. Il faudra alors démontrer s'ils interviennent en leur nom personnel ou au nom d'un organisme public.

ANNEXE : QUESTIONNAIRE A COMPLETER LORSQU'UN BENEFICIAIRE DOIT DEMONTRER QU'IL N'EST PAS UN POUVOIR ADJUDICATEUR.



## QUESTIONNAIRE POUVOIR ADJUDICATEUR

Ce questionnaire permet de déterminer si le bénéficiaire est un pouvoir adjudicateur (\*) au sens de l'article 2, 1°, c), iii) de la Loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016.

### Définition du pouvoir adjudicateur

*Au sens de l'article 2 de la Loi relative aux marchés publics du 17 juin 2016, il faut entendre par pouvoir adjudicateur :*

- a) *L'Etat ;*
- b) *Les Régions, les Communautés et les autorités locales ;*
- c) *Les organismes de droit public et personnes, quelles que soient leur forme et leur nature qui, à la date de la décision de lancer un marché :*
  - i. *ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, et;*
  - ii. *sont dotés d'une personnalité juridique, et;*
  - iii. *dépendent de l'État, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c), de l'une des manières suivantes :*
    - 1. *soit leurs activités sont financées majoritairement par l'Etat, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);*
    - 2. *soit leur gestion est soumise à un contrôle de l'Etat, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);*
    - 3. *soit plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par l'Etat, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du présent point c);*
- d) *Les associations formées par un ou plusieurs pouvoir adjudicateurs visés au 1°, a, b, ou c.*

**Les conditions i. ii. iii. sont cumulatives. Si l'une d'entre elles n'est pas rencontrée, l'organisme n'est pas un pouvoir adjudicateur.**

**Les conditions 1, 2 et 3 du point iii sont alternatives. Il suffit que l'une d'entre elles soit rencontrée pour que la condition du point iii soit remplie.**



## QUESTIONNAIRE POUVOIR ADJUDICATEUR

Identité du Bénéficiaire :.....

Numéro BCE :.....

**A : Est-ce que votre organisme est doté d'une personnalité juridique ?**

OUI

NON

Si vous avez coché « OUI » => Passez à la question **B**.

Si vous avez coché « NON » => Le questionnaire est terminé. **Vous n'êtes pas un pouvoir adjudicateur dans la mesure où votre organisme n'est pas doté d'une personnalité juridique.**

**B : Est-ce que votre organisme dépend de l'Etat, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes de droit public de l'une des manières suivantes?**

*Les activités sont financées majoritairement par l'Etat, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes ;*

Q1 : Quel est le montant de l'ensemble des revenus annuels du bénéficiaire selon le dernier compte de résultats, en euros ?

.....

Q2 : Quel est le montant total des subventions octroyées au bénéficiaire pour cette même année, selon le dernier compte de résultats, en euros ?

.....

Si les subventions octroyées sont supérieures à 50% de l'ensemble des revenus annuels => Passez à la question **C**.

Si les subventions octroyées sont inférieures à 50% de l'ensemble des revenus annuels => Passez à la question **Q3**.



## QUESTIONNAIRE POUVOIR ADJUDICATEUR

*La gestion est soumise à un contrôle de l'Etat, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes ou personnes ;*

Q3 – Le bénéficiaire est-il soumis à un contrôle de sa gestion par un pouvoir adjudicateur ?

- OUI
- NON

Si vous avez coché « OUI » => Passez à la question **C**.

Si vous avez coché « NON » => Passez à la question **Q4**.

*Plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance sont désignés par l'Etat, les Régions, les Communautés, les autorités locales ou d'autres organismes ou personnes relevant du point c) (\*).*

Q4 – Les organes d'administration, de direction et de surveillance du bénéficiaire comptent-ils des membres désignés par un pouvoir adjudicateur ?

- Organe d'administration : OUI/NON  
(si oui, précisez combien : ..... / nombre total de membres : .....)
- Organe de direction : OUI/NON  
(si oui, précisez combien : ..... / nombre total de membres :.....)
- Organe de surveillance : OUI/NON  
(si oui, précisez combien :...../ nombre total de membres :.....)

Si plus de 50% des membres (Administration/Direction/Surveillance) sont désignés par un pouvoir adjudicateur => Passez à la question **C**.

Si moins de 50% des membres (Administration/Direction/Surveillance) sont désignés par un pouvoir adjudicateur => Le questionnaire est terminé. **Vous n'êtes pas un pouvoir adjudicateur dans la mesure où votre organisme ne dépend pas de l'Etat, des Régions, des Communautés, des autorités locales ou d'autres organismes de droit public.**





## QUESTIONNAIRE POUVOIR ADJUDICATEUR

**C. Est-ce que votre organisme a été créé pour satisfaire spécifiquement à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ?**

- OUI
- NON

Si vous avez coché « OUI » => **Vous êtes un pouvoir adjudicateur dans la mesure où votre organisme est doté d'une personnalité juridique qui dépend d'un pouvoir d'un pouvoir adjudicateur et qui a été créé pour satisfaire spécifiquement à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.**

Si vous avez coché « NON » => **Vous n'êtes pas un pouvoir adjudicateur dans la mesure où votre organisme n'a pas été créé pour satisfaire spécifiquement à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial.**

Je soussigné(e)....., représentant(e) du bénéficiaire  
....., atteste que sur base des éléments déclarés ci-dessus, qui sont exacts et peuvent, sur demande être démontrés, l'organisme précité **est – n'est pas (biffer la mention inutile) un pouvoir adjudicateur.**

Signature :

.....

Date :

.....