

MICHEL BARNIER

Membre de la Commission européenne

Bruxelles, le 19.06.2012
GR/aa Ares(2012) 700441

Monsieur le Sénateur, *Mr Thierry*

Votre lettre du 22 mars 2012 au sujet de la proposition de la Commission de réforme des directives marchés publics m'est bien arrivée et je vous en remercie.

La proposition législative pour une grande part codifie les principes dégagés par la Cour de Justice de l'Union européenne précisant les conditions dans lesquelles les contrats conclus à titre onéreux entre pouvoirs adjudicateurs coopérant entre eux peuvent être exclus du champ d'application des règles sur les marchés publics.

La jurisprudence de la CJUE aussi bien en matière de coopération verticale ("in-house") que de coopération horizontale entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs a posé plusieurs conditions, dont l'absence de participation privée.

En matière de coopération verticale (avec une entité de type "in-house"), la Cour a estimé que la participation, même minoritaire, d'une entité privée dans le capital de l'entité juridique distincte exclut la possibilité de se prévaloir de l'exception "in-house" aux règles de marchés publics¹. Il en est ainsi, selon la Cour, même si le pouvoir adjudicateur peut prendre de manière indépendante toute décision concernant cette entité, quelle que soit la participation privée. Pour la Cour, tout placement de capitaux privés dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente².

Par e-mail

M. Thierry REPENTIN

Président

L'Union Sociale pour l'Habitat

¹ CJCE, C-26/03, Stadt Halle, para. 49: " Il convient de rappeler que, dans le cas précité, l'entité distincte était entièrement détenue par des autorités publiques. En revanche, la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services."

² CJCE, C-26/03, Stadt Halle, para. 50 " Il faut, à cet égard, relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente."

Selon la Cour, l'exigence de l'absence de participation privée s'explique par le besoin d'éviter de fausser le principe d'égalité de traitement prévu par le Traité, par la création indirecte d'un avantage concurrentiel au profit des entités privées détenant une participation dans un pouvoir adjudicateur, par rapport à d'autres compétiteurs.

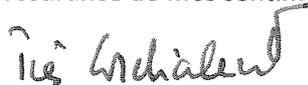
La Cour a repris le même raisonnement concernant l'absence de participation privée dans la jurisprudence *Hambourg*³ sur la coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs. La conséquence du critère de la Cour selon lequel la coopération horizontale exclut tout capital privé est que celle-ci ne serait pas envisageable pour les organismes de droit public comprenant des capitaux privés.

En conclusion, les critères dégagés par la Cour en matière de coopération public-public, dont celui sur l'absence de toute participation privée, visent donc à s'assurer que la coopération entre pouvoirs adjudicateurs n'est pas susceptible de distorsions de concurrence, par la création d'avantages concurrentiels au profit d'entités privées.

J'espère que ces clarifications permettent de répondre à vos interrogations et à comprendre la logique qui a prévalu dans la proposition de la Commission. Je note à cet égard que les sujets que vous signalez et notamment la question de l'organisation du logement social, fait actuellement l'objet de discussions au sein du Parlement européen et du Conseil. La Commission continuera à participer constructivement à ces discussions dans les mois à venir.

Je profite de cette occasion pour également vous redire mon attachement à la promotion de l'insertion sociale par le biais des achats publics. Cet objectif a été intégré dans plusieurs dispositions de la proposition législative de la Commission sur la modernisation des Directives relatives aux marchés publics. Ainsi, la proposition législative contient notamment des dispositions visant à élargir le champ d'application de la réservation en faveur des ateliers protégés, à encourager la prise en compte des considérations sociales dans les critères d'attribution et à renforcer les sanctions applicables aux soumissionnaires condamnés pour des infractions au droit social et du travail.

Je vous prie de croire, Monsieur le Sénateur, à l'assurance de mes sentiments les meilleurs.



Michel BARNIER

³ CJCE, C-275/08, *Commission contre Allemagne*, Rec 2009, p. I-00168. Cet arrêt renvoie à l'argumentation de l'arrêt *Stadt Halle* (précité) concernant l'exigence d'absence de participation privée