



L'UNION SOCIALE POUR L'HABITAT

Représentation auprès de l'Union européenne
Mission Affaires européennes
ue@union-habitat.org – <http://union-habitat.eu>

12.12.13

COOPERATION PUBLIC-PUBLIC

Nouvelle donne juridique

La coopération public-public est actuellement régie en droit européen par la jurisprudence. Le Juge communautaire a développé des critères de coopération verticale dans sa jurisprudence sur le « In House » depuis l'arrêt Teckal et de coopération verticale avec l'arrêt Hambourg C-480/06, qui permettent d'exclure l'application des règles des marchés publics lors de coopération entre autorités locales.

Cette jurisprudence, d'application stricte, suscite de nombreuses interrogations et pérennise une certaine insécurité juridique en la matière préjudiciable aux organismes Hlm qui sont encouragés par les pouvoirs publics à mutualiser leurs moyens afin de rationaliser leurs dépenses dans un contexte budgétaire défavorable et qui n'ont pas de réponse claire sur les modalités de ces coopérations.

Au regard de la jurisprudence, il est clairement exclu que ces coopérations ne doivent être composées que des personnes publiques afin de ne pas devoir passer des procédures de mise en concurrence. En effet, la moindre participation privée au sein d'une coopération conduit à l'application des directives marchés publics.

Cependant, il a toujours été considéré que par extension, cette jurisprudence était valable dans le cas des coopérations entre organismes publics et privés Hlm dans la mesure où les deux types ont été qualifiés par le juge communautaire de **pouvoir adjudicateur**.

Un document de travail de la Commission européenne a été consacré à cette problématique de coopération public-public en octobre 2011. Il évoque le régime applicable aux pouvoirs adjudicateurs, comme les organismes de droit public, qui comptent en leur sein des participations privées règlementées par les pouvoirs publics, comme les Entreprises sociales de l'Habitat.

La Commission européenne dans ce document, tout en rappelant la jurisprudence sur les participations privées, reconnaît la situation particulière des organismes de droit public et estime que si elle doit être examinée, elle ne les exclut pas de la notion de coopération public-public au sens européen, comme il était d'usage de le faire. En effet le juge européen n'a jamais été saisi de ce



type spécifique de contentieux mais uniquement de contentieux entre autorités publiques en la matière. Rien dans la position du juge ne permettant de traiter de façon discriminatoire les organismes de droit public et les autorités publiques, tous deux pouvoirs adjudicateurs au regard du droit européen.

Pourtant dans les propositions de directives marchés publics et concessions de décembre 2011, la Commission européenne propose de codifier les relations entre pouvoirs adjudicateurs et revient sur ses précisions précédemment apportées dans son document de travail. Toutes les participations privées sont exclues de la coopération public-public, même celles intégrées à l'organisme de droit public.

Cette proposition de codification extensive exclue en droit la participation des organismes privés d'hlm à toute coopération public-public en raison de la constitution de leur capital, pourtant règlementé et malgré leur qualification de pouvoir adjudicateur.

L'Union sociale pour l'Habitat s'est mobilisée afin d'explicitier cette discrimination et les conséquences pour les bailleurs sociaux, et a demandé aux institutions européennes de reconnaître les spécificités des organismes de droit public dans la prochaine directive

Le Parlement européen s'est positionné en faveur d'une ouverture de ce critère de l'exclusion de toute participation privée sous certaines conditions, et le Conseil européen a travaillé sur un compromis afin d'apporter une solution concrète à l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs.

Les négociations entre le Conseil, le Parlement et la Commission ont abouti cet été à l'adoption d'un texte définitif sur la coopération public public. La particularité des bailleurs sociaux y est reconnue en permettant aux participations privées **indirectes**, c'est-à-dire internes aux organismes de droit public, de bénéficier des dispositions en la matière. Cette nouvelle rédaction peut donc laisser subsister les coopérations entre organismes publics et/ou privés d'Hlm (**exclusivement**) sans les obliger à passer par une procédure de mise en concurrence.



Propositions initiales

Dispositions proposées par la Commission européenne

Un marché attribué par un pouvoir adjudicateur à une autre personne morale ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

- (a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle semblable à celui qu'il exerce sur ses propres services;
- (b) au moins 90 % des activités de cette personne morale sont exercées pour le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou pour d'autres personnes morales qu'il contrôle;
- (c) la personne morale contrôlée ne fait l'objet **d'aucune participation privée.**

Proposition d'amendement du Parlement européen

(c) la personne morale contrôlée ne fait l'objet d'aucune participation privée, **à l'exception des formes de participation privée sans contrôle ou imposées par la loi, conformément aux traités, qui n'influent pas sur les décisions du pouvoir adjudicateur qui exerce le contrôle**



**Dispositions définitives applicables à la coopération public public, suite à l'accord institutionnel
(traduction non officielle de l'anglais)**

Considérant 14

D'importantes incertitudes juridiques subsistent en ce qui concerne l'applicabilité des règles sur les marchés publics aux contrats conclus entre entités du secteur public. La jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations différemment entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. Il est dès lors nécessaire de préciser dans quels cas les marchés conclus dans le secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives aux marchés publics.

Ces précisions devraient s'appuyer sur les principes énoncés dans la jurisprudence pertinente de la Cour de justice. La seule circonstance que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles relatives aux marchés publics.

Cependant l'application de ces règles ne devrait toutefois pas interférer avec la liberté des pouvoirs publics d'exécuter les missions de service public qui leur sont confiées en mobilisant leurs propres ressources, ce qui inclut la possibilité de coopérer avec d'autres pouvoirs publics.

Il convient de veiller à ce qu'aucune coopération public-public ainsi exemptée ne fausse la concurrence à l'égard d'opérateurs économiques privés dans la mesure où elle placerait un prestataire de services dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents.

Considérant 14 aaaaa)

Les marchés publics passés aux personnes morales contrôlées ne devraient pas être soumis à l'application des procédures prévues par la présente directive si le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à condition que la personne morale contrôlée consacre plus de 80% de ses activités à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par l'autorité contractante de contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par cette autorité contractante, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du contrat.



Cette exemption ne devrait pas s'étendre à des situations où un opérateur économique privé détient une participation directe au capital de la personne morale contrôlée dès lors que, dans de telles circonstances, l'attribution d'un marché public sans mise en concurrence conférerait à l'opérateur économique privé, détenant une participation dans le capital de la personne morale contrôlée, un avantage indu par rapport à ses concurrents. Toutefois, eu égard aux caractéristiques particulières des organismes publics avec adhésion obligatoire, telles que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation des opérateurs économiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue obligatoire par des dispositions législatives nationales en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas un pouvoir de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence déterminante sur les décisions de la personne morale contrôlée. Il convient en outre de préciser que l'élément décisif est la participation directe du secteur privé dans la personne morale contrôlée. Il convient en outre de préciser que la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée constitue le seul élément déterminant. Par conséquent le fait que le pouvoir adjudicateur de contrôle ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de marchés publics à la personne morale contrôlée sans appliquer les procédures prévues par la présente directive, étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés.

Il convient également de préciser que les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, qui peuvent disposer de participation de capitaux privés, devraient être en mesure de se prévaloir de l'exemption concernant la coopération horizontale. Par conséquent, lorsque toutes les autres conditions en matière de coopération horizontale sont remplies, l'exemption en la matière devrait également s'appliquer à ces pouvoirs adjudicateurs, dans le cas où le contrat est conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs.

Considérant 14 aaaa)

Les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement les services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liés à l'exécution des services et responsabilités attribuées ou confiées aux pouvoirs participants ou assumées par eux, telles que les missions obligatoires ou volontaires relevant de pouvoirs locaux ou régionaux ou des services confiés à des organismes particuliers de droit public. Il n'est pas nécessaire que les services fournis par les différentes pouvoirs participants soient identiques, ils pourraient également être complémentaires.

Les contrats concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à la présente directive à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs



adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéissent qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents.

Pour que ces conditions soient remplies, il convient que la coopération soit fondée sur la notion de coopération. Il n'est pas indispensable que les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, pour autant que l'engagement ait été pris de coopérer l'exécution de la mission de service public en question.

En outre, la mise en œuvre de la coopération, y compris les transferts financiers entre les pouvoirs adjudicateurs participants, ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public.

Article 11

Contrats entre entités du secteur public

Exception In House : contrat entre un organisme Hlm et une personne morale distincte qu'il contrôle

1. Un marché attribué par un pouvoir adjudicateur à une autre personne morale de droit privé ou public ne relève pas du champ de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle semblable à celui qu'il exerce sur ses propres services.

(b) plus de 80% des activités de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur de contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ce pouvoir adjudicateur.

c) la personne morale contrôlée ne comporte pas **participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans pouvoir de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales applicables, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée**

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle semblable à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du premier alinéa, point a), s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale



contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

In house inversé : contrat entre la personne morale distincte et les organismes Hlm qui la compose

2. Le paragraphe 1 s'applique également lorsqu'une entité contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché à l'entité qui la contrôle, ou à une personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, dès lors que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans pouvoir de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales applicables, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée

In house conjoint : contrat entre plusieurs organismes Hlm et une personne morale distincte qu'ils contrôlent

3. Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale de droit privé ou public au sens du paragraphe 1 peut néanmoins attribuer un marché public sans appliquer la présente directive à cette personne morale, lorsque les conditions suivantes sont réunies:

- a) Le pouvoir adjudicateur exerce conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs sur cette personne morale un contrôle semblable à celui qu'ils exercent sur leurs propres services;
- b) plus de 80% des activités de cette personne morale sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par les pouvoirs adjudicateurs de contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ces pouvoirs adjudicateurs ;
- c) la personne morale contrôlée ne comporte pas participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans pouvoir de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales applicables, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée

Aux fins du point a) sous paragraphe 1, les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur la personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

- a) les organes décisionnels des personnes morales concernées sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants. Une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux;



(b) ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée;

(c) la personne morale ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

Coopération horizontale : contrat de coopération entre organismes Hlm sans création d'une structure, pour accomplir leur mission d'intérêt général

4. Un contrat conclu exclusivement entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

a) le contrat établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont fournis en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun;

(b) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à considérations d'intérêt public;

c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché libre moins de 20% des activités concernées par la coopération.

6. Le pourcentage d'activités visé aux 11 (1)(b), 11 (3)(b) et 11(4)(c), est déterminé en fonction du chiffre d'affaire total moyen, ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tels que les coûts supportés par la personne morale concernée pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché en .

Lorsque, en raison de la date de création ou du début d'activités de la personne morale concernée ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou autre paramètre fondé sur les activités tels que les coûts, n'est pas disponible pour les trois années précédentes ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

Contact :

Virginie Toussain
Conseiller juridique
Union sociale pour l'habitat, Mission affaires européennes
virginie.toussain@union-habitat.org



L'UNION SOCIALE POUR L'HABITAT