



L'UNION SOCIALE POUR L'HABITAT

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

LG-12.12.13

COOPERATION PUPLIC-PUBLIC

Directives marchés publics et concessions

L'essentiel – Mots-clefs

Pourquoi légiférer en matière de coopération public-public ?

Il existe une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles relatives aux marchés publics et aux concessions devraient s'appliquer 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 différentes selon les États membres et même selon les pouvoirs adjudicateurs. Il est dès lors nécessaire de préciser dans quels cas des contrats conclus au sein du secteur public ne sont pas soumis aux règles établies dans les directives marchés publics et concessions.

Quels sont les principes retenus ? Liberté d'exécution - concurrence non faussée

Ces précisions devraient s'appuyer sur les principes énoncés dans la jurisprudence pertinente de la CJUE.

Le seul fait que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles établies dans les directives marchés publics et concessions. 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 privé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents.

Quelles sont les conditions requises ?

Les marchés et concessions attribués à des personnes morales contrôlées ne devraient pas être soumis à l'application des procédures prévues par les directives marchés publics et concessions 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 le pouvoir.

adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ledit pouvoir adjudicateur, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du contrat;

Cette exemption ne devrait pas être étendue aux situations où un opérateur économique privé détient une participation directe dans le capital de la personne morale contrôlée dès lors que, dans de telles circonstances, l'attribution d'un marché sans recours à une procédure concurrentielle 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 à adhésion obligatoire, tels 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 d'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 décisive sur les décisions de 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 ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de contrats publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la directive marchés publics ou concessions, 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 comporter une 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 relatives à la coopération horizontale sont remplies, l'exemption en la matière devrait également s'appliquer à ces pouvoirs adjudicateurs ou à ces entités adjudicatrices dans le cas où le contrat est conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices.

Quel champ couvert par la coopération public-public ?

Les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs 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 liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant de pouvoirs locaux ou régionaux ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public.

Il n'est pas nécessaire que les services fournis par les différents pouvoirs participants ou les différentes entités participantes soient identiques; ils pourraient également être complémentaires.

Fourniture conjointe de services publics sous conditions d'intérêt public.

Les contrats concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à la directive marchés publics et concessions, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services 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 tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, pour autant que l'engagement ait été pris de coopérer à l'exécution de la mission de service public en question.**

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

MODES OPERATOIRES

In house, in house inversé, in house conjoint, coopération horizontale

Dispositions communes aux directives marchés publics et concessions

I : In house

1. Un marché attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale de droit privé ou public ne relève pas du champ d'application de la 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 contrôlée sont exercées dans le cadre de **l'exécution des tâches** qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales que ce pouvoir adjudicateur contrôle;
 - c) la personne morale contrôlée ne comporte **pas de 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 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.

II : In house inversé

Le paragraphe 1 s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, ou à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur dès lors que la personne morale à laquelle est attribuée le marché ne comporte **pas de 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, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

III : In house conjoint

3. Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale de droit privé ou public peut néanmoins attribuer un marché à cette personne morale sans appliquer la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:
 - a) le pouvoir adjudicateur exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs **un contrôle sur cette personne morale 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 les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou par d'autres personnes morales que ces mêmes pouvoirs adjudicateurs; et
 - c) la personne morale contrôlée ne comporte **pas de 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 premier alinéa, point a), du présent paragraphe, les pouvoirs adjudicateurs exercent un **contrôle conjoint** sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies:

- i) les **organes décisionnels** de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants ou entités adjudicatrices participantes. Une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou entités adjudicatrices participantes ou l'ensemble d'entre eux ou d'entre elles;
- ii) 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; et
- iii) la personne morale contrôlée **ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs** qui la contrôlent.

IV: Coopération horizontale

4. Un contrat conclu exclusivement entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs 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 des **considérations d'intérêt public**; et
 - c) les pouvoirs adjudicateurs réalisent sur le marché libre moins de 20 % des activités concernées par la coopération.

Le pourcentage d'activités est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale, le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché.

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

Suivi du dossier

www.union-habitat.eu

tweet : @USH_Bruxelles

Vos questions

virginie.toussain@union-habitat.org

Juriste-conseil marché intérieur – concurrence - fiscalité

Mission affaires européennes – Représentation auprès de l'Union européenne