

Les nouvelles directives définissent pour la première fois des règles législatives explicites pour déterminer quels marchés peuvent être conclus entre entités du secteur public sans recourir aux procédures de passation de marchés publics. Ces règles sont basées sur la jurisprudence de la Cour européenne de justice et répondent au besoin souvent exprimé par les professionnels chargés des marchés publics de bénéficier d'une plus grande sécurité juridique. Elles aideront en particulier les autorités locales et régionales à tirer pleinement parti des possibilités de coopération pour exécuter leurs tâches avec le maximum d'efficacité, au bénéfice des citoyens.

Coopération au moyen d'entités juridiques distinctes

Les règles s'appliquant à ce type de coopération, dite «coopération verticale» suivent les principes généraux énoncés par la Cour européenne de justice.

- Un acheteur public peut attribuer un marché à une entreprise — par exemple une entreprise municipale de services collectifs ou une entreprise publique de gestion des déchets — sans recourir à une procédure de passation de marché, si les **trois conditions** suivantes sont remplies:
 - l'acheteur public doit exercer sur l'entreprise concernée un **contrôle** analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. En pratique, cela signifie que l'acheteur public doit exercer une **influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes** de l'entreprise sous son contrôle;
 - l'entreprise contrôlée doit exercer **l'essentiel de ses activités au profit de l'acheteur public qui la contrôle: plus de 80 % de ses activités** doivent être consacrées à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par l'acheteur public.
 - **Aucun opérateur économique privé ne peut détenir de participation directe** au capital de l'entreprise contrôlée. Il n'existe qu'une **exception**: lorsque la participation d'un partenaire privé est **exigée par la loi**, à condition que cette participation ne lui donne ni une capacité de contrôle ou de blocage, ni la possibilité d'exercer une influence décisive sur l'entreprise.
- Le **contrôle** peut être exercé par:
 - **un seul acheteur public**;
 - **plusieurs acheteurs publics** exerçant un **contrôle commun**, par exemple dans le cas d'associations de service public contrôlées par plusieurs municipalités dans une zone spécifique. Si le contrôle est exercé conjointement, il faut veiller à ce que:
 - tous les acheteurs publics soient représentés dans les organes décisionnels de l'entreprise contrôlée;
 - l'entreprise contrôlée ne poursuive pas d'intérêts contraires à ceux des acheteurs publics qui la contrôlent.

Coopération entre acheteurs publics

Les nouvelles directives régissent également les situations dans lesquelles les acheteurs publics **concluent des marchés entre eux**, sans créer d'entreprise contrôlée (**«coopération horizontale»**). Par exemple, plusieurs municipalités peuvent décider de mettre leurs ressources en commun dans le domaine de la gestion des déchets, afin que chacune d'entre elles offre des services spécifiques aux autres municipalités qui coopèrent.

Dans le cadre de ce type de coopération, des marchés peuvent être attribués entre acheteurs publics — sans la participation d'organismes privés — si les **conditions suivantes** sont remplies:

- le contrat doit **établir ou mettre en œuvre une coopération** entre les acheteurs publics participants visant à garantir que les **services publics à fournir** sont réalisés dans le but d'**atteindre leurs objectifs communs**;
- la mise en œuvre de cette coopération **ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public**;
- les activités menées sur le **marché extérieur à la coopération** doit être strictement limité: les acheteurs publics participants doivent réaliser **moins de 20 % des activités concernées par la coopération** sur le marché concurrentiel.

Transfert d'un service public

Enfin, le **simple transfert de compétences et de responsabilités** d'une entité publique à une autre en vue d'exécuter une mission publique **n'est en aucune manière affecté par les directives**, tant que l'échange de prestations contractuelles ne donne pas lieu à une rémunération. Cette précision apporte une clarté et une sécurité juridique qui étaient réclamées en particulier par les autorités locales et régionales souhaitant mettre en commun certaines missions de service public en les transférant à des associations ou à des structures publiques.

Un acheteur public (AP) souhaite attribuer un marché à une personne morale (le fournisseur)

