



COMMISSION EUROPÉENNE

Traduction non officielle du document
du 04.10.2011 SEC (2011) 1169 final,
par la DG Marché Intérieur et Services.

DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION

**concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux
relations entre pouvoirs adjudicateurs («coopération public-public»)**

TABLE DES MATIÈRES

1.	Introduction	3
2.	Principe général: Le droit UE sur les marchés publics s'applique aux contrats passés entre pouvoirs adjudicateurs	4
3.	Missions de service public accomplies par des ressources propres – Coopération public-public pouvant ne pas relever des règles UE sur les marchés publics	5
3.1.	Synthèse des différents concepts développés par la jurisprudence	5
3.2.	Coopération au moyen d'entités juridiques distinctes («coopération verticale/institutionnalisée», «jurisprudence "in-house"»).....	6
3.2.1.	Détention du capital d'une entité "in-house"	8
3.2.2.	Premier critère Teckal: le nécessaire contrôle de l'entité "in-house" (dépendance organisationnelle)	9
3.2.3.	Deuxième critère Teckal: l'essentiel des activités de l'entité "in-house" doit se limiter aux tâches confiées par la ou les entités de contrôle (dépendance économique)	12
3.2.4.	Autres questions en suspens concernant les scénarios relatifs aux entités "in-house"	13
3.3.	Coopération non institutionnalisée/horizontale afin de remplir conjointement des missions de service public	13
3.3.1.	Principales caractéristiques d'une coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs ne relevant pas des règles UE sur les marchés publics	13
3.3.2.	Distinction entre une authentique «coopération» et un marché public normal	14
3.3.3.	Restrictions éventuelles concernant les activités sur le marché commercial	15
3.4.	Synthèse	15
4.	Mission de service public effectuée par des ressources externes – Autres relations public-public	19
4.1.	Redistribution des compétences entre autorités publiques.....	19
4.2.	Attribution non contractuelle de missions.....	21
4.3.	Relation entre la réglementation des marchés publics et certains droits exclusifs.....	22
4.4.	Relations entre pouvoirs adjudicateurs dans le cadre d'accords d'achat conjoints ou centraux	23

1. INTRODUCTION

En 2009, des marchés publics ont été publiés pour un montant d'environ 420 milliards d'euros, dans le respect des directives de l'Union européenne sur les marchés publics. Cette réglementation vise à ce que les marchés publics concernés soient ouverts à la concurrence entre tous les fournisseurs du marché intérieur¹. Par ailleurs, le droit UE ne restreint pas la liberté d'un pouvoir adjudicateur d'accomplir les missions d'intérêt public qui lui incombent en recourant à ses propres ressources administratives, techniques et autres, sans devoir faire appel à des entités extérieures n'appartenant pas à sa propre structure.

Il est débattu de la question de savoir si les directives UE sur les marchés publics s'appliquent aux différents cas où les pouvoirs adjudicateurs cherchent à accomplir ensemble leurs missions de service public. La Cour de justice de l'Union européenne (ci-après la «Cour») a confirmé que les contrats passés entre pouvoirs adjudicateurs ne sauraient être automatiquement considérés comme ne relevant pas du droit UE sur les marchés publics. Cependant, il ressort également de la jurisprudence de la Cour que certaines formes de coopération entre pouvoirs adjudicateurs ne peuvent pas être qualifiées de marchés publics.

Par conséquent, il convient de distinguer, d'une part, les activités qui doivent être ouvertes à la concurrence entre les opérateurs économiques comme le prévoient les règles UE sur les marchés publics et, d'autre part, les autres arrangements auxquels les pouvoirs adjudicataires peuvent recourir pour assurer l'accomplissement de leurs missions de service public et qui ne relèvent pas des directives UE sur les marchés publics.

Actuellement, les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent coopérer entre eux ont souvent du mal à distinguer les cas dans lesquels les directives UE sur les marchés publics s'appliquent et ceux dans lesquels elles ne s'appliquent pas.

Il est nécessaire d'éclaircir cette matière, comme le soulignait le rapport du Parlement européen qui demandait «à la Commission et aux États membres de diffuser largement des informations sur les conséquences juridiques de ces arrêts»² concernant la coopération public-public.

¹ L'ensemble du marché des adjudications publiques dans l'Union européenne représente environ 17 % du PIB de l'UE. Les directives UE sur les marchés publics ne réglementent que l'adjudication des contrats dépassant un certain seuil. En 2009, ces contrats représentaient 3,6 % du PIB de l'Union européenne. Pour le surplus, les États membres sont tenus d'observer les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement des soumissionnaires etc. prévus par le droit UE, pour autant que le marché à attribuer présente un intérêt pour des entreprises établies dans un autre État membre.

² Rapport d'initiative présenté par la députée européenne Heide Rühle sur l'évolution de la passation de marchés publics [résolution du Parlement européen du 18 mai 2010 sur l'évolution de la passation de marchés publics (2009/2175(INI))].

Le présent document vise à répondre à cette demande. Il présente un large aperçu de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice. Il consolide et synthétise cette jurisprudence et en tire des enseignements, pour autant que les conclusions de la Cour le permettent. Il ne crée pas de nouvelles règles ni de nouvelles exigences. Il vise au contraire à permettre une meilleure compréhension et une meilleure application de l'environnement législatif actuel. Il est destiné à tous les acteurs des marchés publics, notamment aux autorités publiques à tous les niveaux d'administration³. Les orientations formulées dans le présent document portent uniquement sur les marchés publics, sans préjudice des règles de l'Union européenne en matière de concurrence et d'aides d'État.

Après avoir rappelé que les marchés publics conclus entre pouvoirs adjudicateurs relèvent des directives européennes sur les marchés publics (section 2), le présent document examinera les différentes formes de coopération entre pouvoirs adjudicateurs pouvant être exemptées de cette réglementation (section 3) ainsi que les autres types de relations dans le cadre de la législation UE sur les marchés publics (section 4).

Le présent document est un document indicatif des services de la Commission et ne peut, en aucune façon, être considéré comme contraignant pour cette institution. Il convient de rappeler que, en tout état de cause, l'interprétation du droit de l'Union appartient en dernier ressort à la Cour de justice de l'Union européenne.

2. PRINCIPE GENERAL: LE DROIT UE SUR LES MARCHES PUBLICS S'APPLIQUE AUX CONTRATS PASSES ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS

Les directives UE sur les marchés publics s'appliquent lorsque des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices concluent des contrats à titre onéreux avec une autre entité juridique. Dans ce cas, peu importe que le partenaire contractuel soit privé ou public. Ce principe ressort clairement des dispositions concernées des directives ainsi que de la jurisprudence de la Cour.

L'article 1^{er}, paragraphe 8, de la directive 2004/18/CE⁴ («directive sur le secteur public») dispose:

*«Les termes "entrepreneur", "fournisseur" et "prestataire de services" désignent toute personne physique ou morale ou **entité publique** ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.»* (mise en évidence ajoutée)

³ Une consultation publique a été lancée au titre du «Livre vert sur la modernisation de la politique de l'UE en matière de marchés publics. Vers un marché européen des contrats publics plus performant» (COM(2011) 15 final du 27.1.2011), qui vise à établir comment redéfinir les marchés publics dans le futur. Dans l'attente de l'adoption et de la mise en œuvre d'une nouvelle législation, le présent document de travail vise à clarifier la situation juridique actuelle.

⁴ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134 du 30.4.2004, pp. 114–240).

L'article 1er, paragraphe 7, de la directive 2004/17/CE⁵ (la directive «secteurs spéciaux») dispose:

«Un "entrepreneur", un "fournisseur" ou un "prestataire de services" peut être une personne physique ou morale ou une entité adjudicatrice visées à l'article 2, paragraphe 2, point a) ou b), ou un groupement de ces personnes et/ou entités qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.» (mise en évidence ajoutée)

En conséquence, la Cour estime que *«la circonstance que le prestataire de services soit une entité publique distincte du bénéficiaire des services ne fait pas obstacle à l'application de la directive»*⁶. Pour que les règles UE sur les marchés publics s'appliquent, *«il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière»*⁷. En conséquence, exclusion du champ d'application de la législation nationale sur les marchés publics *«les relations établies entre les administrations publiques, leurs organismes publics et, d'une manière générale, les entités de droit public non commerciales, quelle que soit la nature de ces relations»*⁸, constitue une transposition incorrecte des directives UE sur les marchés publics.

3. MISSIONS DE SERVICE PUBLIC ACCOMPLIES PAR DES RESSOURCES PROPRES – COOPERATION PUBLIC-PUBLIC POUVANT NE PAS RELEVER DES REGLES UE SUR LES MARCHES PUBLICS

3.1. Synthèse des différents concepts développés par la jurisprudence

Il ressort de la jurisprudence de la Cour en matière de marchés publics que le droit UE ne restreint pas la liberté d'un pouvoir adjudicateur⁹ d'accomplir les missions d'intérêt public qui lui incombent en recourant à ses propres ressources administratives, techniques et

⁵ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO L 134 du 30.4.2004, pp. 1-113).

⁶ Affaire C-480/06, Commission/Allemagne, Rec. 2009, p. I-04747, point 33.

⁷ Affaire C-107/98, Teckal Srl/Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Rec. 1999, p. I-08121, point 50.

⁸ Affaire C-84/03, Commission/Royaume d'Espagne, Recueil 2005, p. I-00139, point 40.

⁹ Étant donné le sujet (la coopération public-public), la présente note ne porte que sur le comportement des «pouvoirs adjudicateurs» au sens de la directive 2004/18/CE, et non des «entreprises publiques» au sens de la directive «secteurs spéciaux» ou des entreprises privées agissant en vertu de droits spéciaux ou exclusifs définis par la directive 2004/17/CE. En ce qui concerne les «pouvoirs adjudicateurs» relevant de la définition des «entités adjudicatrices» au sens de la directive «services spéciaux», il convient de noter que leur statut particulier en matière de coopération public-public n'a jamais été examinée explicitement par la Cour de justice. Les conclusions tirées pour les pouvoirs adjudicateurs en général devraient s'appliquer également, MUTATIS MUTANDIS, lorsqu'ils agissent en leur capacité d'entités adjudicatrices, sauf divergences importantes entre les règles applicables. Notons également que la directive «services spéciaux» contient, en son article 23, des dispositions pour certains types de coopération public-public (des configurations triangulaires sont même possibles).

autres, sans devoir faire appel à des entités extérieures n'appartenant pas à sa propre structure¹⁰.

Si un pouvoir adjudicateur effectue une mission de service public en recourant à ses propres ressources de telle manière qu'aucun contrat n'est conclu à titre onéreux parce que la situation est interne à une seule et même personne juridique, autrement dit parce que toutes les ressources nécessaires à la réalisation de la mission sont disponibles au sein de l'organisation propre du pouvoir adjudicateur, le droit UE sur les marchés publics ne s'applique pas. Exemple: Un conseil municipal assure les services de transport sur son territoire par le biais de son service de transport interne.

En outre, la possibilité d'effectuer des missions de service public à l'aide de ressources propres peut également être exercée en coopération avec d'autres pouvoirs adjudicateurs. Plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent s'entraider. Si cette entraide n'implique aucune rémunération ni aucun échange de droits et obligations réciproques, il ne s'agit pas d'une prestation de service au sens de la législation UE sur les marchés publics. Par conséquent, la législation UE sur les marchés publics ne s'applique pas. Exemple: Un accord entre des municipalités voisines prévoyant que leurs corps de musique jouent lors de leurs fêtes respectives.

Lorsque des pouvoirs adjudicateurs concluent entre eux des contrats à titre onéreux (c'est-à-dire impliquant des droits et obligations réciproques), se pose la question de savoir si ceux-ci peuvent être exclus du champ d'application de la directive sur les marchés publics, nonobstant la règle générale selon laquelle sont couverts les contrats conclus entre des personnes juridiques distinctes. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que cela est effectivement possible dans certains cas. Lorsque des pouvoirs adjudicateurs coopèrent en vue d'assurer conjointement l'exécution de missions de service public, des marchés peuvent être attribués sans déclencher l'obligation d'appliquer le droit UE sur les marchés publics. Ce type de coopération peut prendre la forme d'un contrôle exercé conjointement sur une tierce entité chargée d'effectuer la mission («coopération verticale/institutionnalisée»). Cette solution est également possible sans créer ou sans désigner spécialement de nouvelle entité («coopération horizontale/non institutionnalisée»).

3.2. Coopération au moyen d'entités juridiques distinctes («coopération verticale/institutionnalisée», «jurisprudence "in-house"»)

Il est un fait établi que les directives européennes sur les marchés publics s'appliquent si des pouvoirs adjudicateurs concluent des marchés publics, c'est-à-dire des contrats à titre onéreux conclus par écrit avec une tierce partie et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens des directives. Elles s'appliquent également si les pouvoirs adjudicateurs concluent des concessions de travaux conformément à la directive sur le secteur public.

¹⁰ Affaire C-26/03, Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, point 48, Recueil 2005, p. I-00001.

Dans l'affaire *Teckal*¹¹, la Cour a interprété cette règle de manière fonctionnelle. Elle a posé deux critères cumulatifs pour exempter une relation entre un pouvoir adjudicateur et une autre personne juridique des règles UE sur les marchés publics. Selon la Cour, une telle relation ne relève pas du champ d'application du droit UE sur les marchés publics si:

- (1) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne concernée un **contrôle semblable à celui qu'elle exerce sur ses propres services**; et
- (2) simultanément, cette personne juridique **effectue la partie essentielle de ses activités avec le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle**¹².

Par conséquent, conformément au **pouvoir d'auto-organisation des pouvoirs adjudicateurs**, la Cour a estimé que le droit UE sur les marchés publics (à savoir non seulement les directives, mais aussi les principes du traité) ne s'applique pas si un pouvoir adjudicateur conclut un contrat avec une tierce partie **indépendante de lui formellement, mais pas intrinsèquement**. Cette jurisprudence couvre des situations où la tierce partie ne détient **pas de capitaux privés et dépend** du pouvoir adjudicateur **tant sur le plan organisationnel qu'en termes économiques**. Exemple: Un conseil municipal assure les services de transport sur son territoire par le biais d'une société de transport qu'il possède et contrôle à 100 %.

Dans des jugements ultérieurs¹³, la Cour a ouvert sa notion du "in-house" à la coopération public-public en disposant que les critères *Teckal* peuvent être remplis conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Exemple: Deux conseils municipaux assurent les services de transport sur leur territoire par le biais de leur société de transport qu'ils détiennent et contrôlent conjointement.

Aux fins du présent document, cette coopération est qualifiée d'«institutionnalisée» ou de «verticale» car elle suppose que des pouvoirs adjudicateurs confient la réalisation d'une mission à une entité distincte, détenue et contrôlée conjointement, agissant en qualité de fournisseur.

La Cour a reconnu l'exception relative aux filiales tant en rapport avec les marchés publics et les concessions de travaux couverts par les directives UE sur les marchés publics, qu'avec les concessions de services couvertes par les principes du traité.

¹¹ Affaire C-107/98, *Teckal*, point 50. «S'agissant de l'existence d'un contrat, le juge national doit vérifier s'il y a eu une convention entre deux personnes distinctes. À cet égard[...], il suffit, en principe, que le marché ait été conclu entre, d'une part, une collectivité territoriale et, d'autre part, une personne juridiquement distincte de cette dernière. Il ne peut en aller autrement que dans l'hypothèse où, à la fois, **la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent.**»

¹² Suivant l'arrêt de la Cour, le Conseil d'État italien a conclu qu'AGAC était une filiale de Viano (Consiglio di Stato, Sezione Quinta, arrêt n° 2605 du 9 mai 2001).

¹³ Affaires C-324/07, *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, Rec. 2008, p. I-08457 et C-573/07, *Sea Srl contre Comune di Ponte Nossola*, Rec. 2009, p. I-08127.

Il convient de noter dans ce contexte que si la relation entre, d'une part, le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle et, d'autre part, l'entité contrôlée, peut être exemptée de l'application du droit UE sur les marchés publics en raison de l'existence d'une situation "in-house", un organisme présentant les caractéristiques d'une entité in-house présente généralement aussi les caractéristiques d'un "organisme de droit public", celui-ci ayant l'obligation de respecter le droit UE sur les marchés publics en ce qui concerne les marchés publics qu'il exécute.

Les sections suivantes décrivent en détail les conditions posées par la jurisprudence de la Cour concernant les filiales, lesquelles conditions sont à prendre en considération pour déterminer si le droit UE sur les marchés publics s'applique ou non.

3.2.1. *Détention du capital d'une entité "in-house"*

Selon la jurisprudence, un pouvoir adjudicateur ne peut exercer aucun contrôle de type "in-house" sur une entité lorsqu'une ou plusieurs entreprises privées détiennent également une participation dans cette entité¹⁴. Cela reste le cas même si le pouvoir adjudicateur peut prendre de manière indépendante toute décision concernant cette entité, quelle que soit la participation privée. Pour la Cour, le rapport entre 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 capitaux privés dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente¹⁵. C'est également le cas lorsqu'une société effectue une injection de capital pure dans l'entité "in-house" (telle que l'achat d'actions, non l'octroi de prêts standards¹⁶), même si cette opération n'implique aucune contribution opérationnelle.

- Pertinence d'une éventuelle future participation de capitaux privés

En règle générale, la détermination de l'existence d'une détention privée de capitaux de l'entreprise à laquelle est attribué le marché public en cause doit être effectuée **au moment de l'attribution**¹⁷¹⁸. L'ouverture future du capital de l'entreprise n'est prise en considération que s'il existe une réelle perspective d'ouverture à court terme au moment de l'attribution du contrat à l'entreprise¹⁹.

¹⁴ «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.» (Affaire C-26/03, Stadt Halle, point 49.)

¹⁵ Affaire C-26/03, Stadt Halle, point 50.

¹⁶ Le prêt ne serait pas considéré comme «standard» si, par exemple, il pouvait être converti en actions de la filiale en vue de son remboursement.

¹⁷ Affaire C-26/03, Stadt Halle, points 15 et 52, et affaire C-573/07, Sea, point 47.

¹⁸ Dans des circonstances exceptionnelles, il se peut que des événements ayant lieu après la date d'attribution du contrat doivent être pris en considération. C'est notamment le cas lorsque des actions de l'entreprise contractante, détenues précédemment par le pouvoir adjudicateur, sont transférées à une entreprise privée peu de temps après l'attribution du contrat en cause à cette entreprise au moyen d'un artifice destiné à contourner la réglementation UE applicable (voir à ce sujet l'affaire C-29/04 Commission/Autriche, Rec. 2005, p. I9705, points 38 à 41).

¹⁹ Sea, point 50.

La seule possibilité théorique d'une participation privée au capital d'une entité "in-house" n'invalide pas en soi la relation in-house entre le pouvoir adjudicateur et l'entité²⁰.

Cependant, **dans l'hypothèse** où un marché aurait été attribué, sans mise en concurrence, à une entité en vertu de l'exception relative à l'existence d'une situation "in-house", le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis à participer au capital de ladite entité constituerait un **changement d'une condition fondamentale** de l'attribution du marché, lequel devrait être mis en concurrence²¹.

- Participation à 100 % du secteur public dans le capital de l'entité "in-house"

Inversement, la détention unique des capitaux par le pouvoir adjudicateur doit être considérée comme une indication de la réalité du contrôle requis pour l'exception relative à l'existence d'une situation "in-house", non comme un facteur décisif en soi²².

Cette indication est réfutée lorsque les pouvoirs adjudicateurs établissent une société à but lucratif complètement indépendante d'eux. C'est ce qu'illustre également l'affaire *Parking Brixen*, où l'entité était détenue par un pouvoir adjudicateur au moment de l'attribution, mais jouissait d'un degré d'indépendance²³ (voir le point suivant) tel que la Cour lui a refusé le statut d'entité "in-house".

3.2.2. Premier critère Teckal: le nécessaire contrôle de l'entité "in-house" (dépendance organisationnelle)

Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur l'entité "in-house" un contrôle *«analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services»*²⁴. La manière dont ce contrôle est exercé importe peu: il peut l'être **en vertu de pouvoirs de droit privé ou public**. L'appréciation du critère relatif au «contrôle analogue» doit *«tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes. [...] Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes.»*²⁵

Il convient à cet égard de tenir compte des éléments suivants.

- Contrôle conjoint par plusieurs pouvoirs adjudicateurs sur une filiale

²⁰ Voir communication PPPI, note de bas de page n° 14. Cette position a été confirmée par la Cour dans l'affaire C-371/05, Commission/Italie, Rec. 2008, p. I-00110, point 29.

²¹ Sea, point 53.

²² Affaire C-340/04, Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA., Rec. 2006, p. I-04137, point 37: «La circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services».

²³ Affaire C-458/03, Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG., Rec. 2005, p. I-08585, point 70.

²⁴ Affaire C-107/98, Teckal, point 50.

²⁵ Affaire C-458/03, Parking Brixen, point 65; affaire C-371/05, point 24.

La Cour a établi de nouveaux éléments relatifs au premier critère *Teckal* dans son arrêt *Coditel*. La Cour a précisé que, bien que le contrôle exercé sur une filiale doive être effectif, il n'est pas essentiel qu'il soit exercé individuellement. Elle a par conséquent confirmé le principe selon lequel le contrôle **au sens du premier critère Teckal peut être exercé conjointement**.

La Cour a justifié cette interprétation plus large essentiellement par le fait qu'une lecture plus stricte de ce critère rendrait l'exemption *Teckal* inapplicable dans la majorité des cas de coopération entre pouvoirs adjudicateurs. Dans le même esprit, la Cour a établi que la **procédure utilisée par les pouvoirs de contrôle pour adopter des décisions collectives importait peu**. Par exemple, l'utilisation du vote à la majorité est sans incidence sur l'établissement d'un contrôle (conjoint) par tous les pouvoirs adjudicateurs participants²⁶. Il en découle que, «*si une autorité publique devient associée minoritaire d'une société par actions à capital entièrement public en vue de lui attribuer la gestion d'un service public, le contrôle que les autorités publiques associées au sein de cette société exercent sur celle-ci peut être qualifié d'analogue au contrôle qu'elles exercent sur leurs propres services lorsqu'il est exercé conjointement par ces autorités*»^{27 28}.

- L'étendue nécessaire des pouvoirs sur l'entité "in-house"

Pour respecter le premier critère *Teckal*, le pouvoir adjudicateur doit détenir un degré de contrôle suffisant pour avoir la possibilité de restreindre la liberté d'action de l'entité en question.

Dans l'affaire *Coditel*, le fait que les **organes décisionnels** du concessionnaire soient **composés** uniquement de représentant des pouvoirs adjudicateurs participant à la coopération a été considéré comme une indication sérieuse de l'existence d'un contrôle de type "in-house".

La **forme sociale** de l'entité "in-house" *en tant que telle* n'est pas décisive, mais peut servir d'indication. Par exemple, dans l'affaire *Coditel*, la Cour a souligné que l'entité "in-house" «*est constituée non pas sous la forme d'une société par actions ou d'une société anonyme susceptible de poursuivre des objectifs indépendamment de ses actionnaires, mais sous la forme d'une société coopérative intercommunale*». Selon le droit national applicable, les intercommunales ne peuvent avoir un caractère commercial²⁹.

Dans l'affaire *Carbotermo*³⁰, la Cour a estimé que le contrôle exercé par un pouvoir adjudicateur sur une entité distincte, lorsqu'il consiste uniquement dans la **latitude que le**

²⁶ C-324/07, *Coditel*, point 51.

²⁷ C-573/07, *Sea*, point 63.

²⁸ Dans l'affaire C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti*, Rec. 2005, p. I-07287, la Cour estimait que la participation de 0,97 % est tellement faible qu'elle n'est pas de nature à empêcher une municipalité d'exercer un contrôle sur le concessionnaire. Cependant, dans ses conclusions ultérieures, la Cour a accepté qu'un contrôle puisse être exercé conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs qui, individuellement, ne disposeraient que d'une petite participation minoritaire sur la filiale.

²⁹ *Coditel*, point 37.

³⁰ Voir note de bas de page 22.

droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés, risque de ne pas être suffisant pour constituer un contrôle au sens du premier critère *Teckal*. Cela limite de manière considérable la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, d'influencer les décisions de l'entité en question³¹. De même, si le pouvoir adjudicateur influence les décisions de l'entité uniquement par le biais d'une **société holding**, cela peut affaiblir le contrôle éventuellement exercé par le pouvoir adjudicateur. En conséquence, le premier critère *Teckal* peut ne pas être rempli³².

Dans l'affaire *Sea*³³, l'entité "in-house" était une société par actions. Bien que cette forme sociale n'exclue pas la possibilité d'un contrôle de type "in-house", la Cour a examiné en détail les pouvoirs spécifiques exercés par les pouvoirs adjudicateurs, en particulier ceux qui leur permettraient de contrôler les organes de gestion de l'entité "in-house" et qui vont au-delà des règles normalement applicables à ce type de contrôle dans une société par actions.

- Indépendance/vocation de marché potentielles de l'entité "in-house"

Dans les affaires *Coditel* et *Sea*, la Cour a estimé que si l'entité contrôlée acquiert une vocation de marché et une marge d'autonomie qui rendraient précaire le contrôle exercé par les pouvoirs adjudicateurs, le premier critère *Teckal* n'est plus rempli. À cet égard, il convient par exemple de prendre en considération la **portée matérielle et géographique** des activités de l'entité contrôlée ainsi que la **possibilité pour celle-ci de nouer des relations avec des entreprises du secteur privé**³⁴. L'absence de vocation de marché de l'entité contrôlée peut se déduire du fait que la **portée géographique** de ses activités est limitée au territoire des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent et que ses **activités** (autrement dit les objectifs qu'elle poursuit)³⁵ **consistent** uniquement à effectuer les missions pour les pouvoirs adjudicateurs concernés. Ce test a débouché sur la conclusion qu'un contrôle de type "in-house" existait dans les affaires *Coditel* et *Sea*, contrairement à l'affaire *Parking Brixen*.

L'entité contrôlée peut **nouer des relations avec des entreprises du secteur privé**, pour autant que celles-ci soient accessoires à son activité essentielle, à savoir l'exécution de ses missions de service public³⁶. Une interdiction complète des relations avec les entreprises du secteur privé rendrait le deuxième critère *Teckal* inutile.

Exemple: si l'activité principale de l'entité "in-house" est la collecte des déchets pour le compte des pouvoirs adjudicateurs de contrôle, ainsi que le tri sélectif des déchets, celui-ci pourrait rendre nécessaire de revendre certaines catégories de matières récupérées à des entités spécialisées du secteur privé en vue de leur recyclage. Il s'agirait d'activités accessoires à l'activité principale³⁷.

³¹ Carbotermo, point 38; Parking Brixen, point 70.

³² Carbotermo, points 38 et 39.

³³ Voir note de bas de page 27.

³⁴ C-324/07, *Coditel*, point 36, et C-573/07, *Sea*, point 73.

³⁵ *Coditel*, point 38; *Sea*, points 74-76.

³⁶ C-573/07, *Sea*, points 79-80.

³⁷ C-573/07, *Sea*, point 78.

3.2.3. *Deuxième critère Teckal: l'essentiel des activités de l'entité "in-house" doit se limiter aux tâches confiées par la ou les entités de contrôle (dépendance économique)*

Pour bénéficier de l'exception relative à l'existence d'une situation "in-house", l'entité contrôlée doit réaliser **l'essentiel de ses activités** avec le ou les pouvoirs adjudicateurs de contrôle. Ce critère vise à garantir que le droit de l'Union européenne sur les marchés publics demeure applicable dans le cas où une entreprise contrôlée par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs est active sur le marché, et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises³⁸.

Dans l'affaire *Carbotermo*, la Cour a jugé que le seuil de 80 % du chiffre d'affaires prévu par la directive «services spéciaux», au-delà duquel les marchés attribués aux entreprises affiliées peuvent ne pas relever du champ d'application de ladite directive, ne peut être utilisé comme référence aux fins de la directive sur le secteur public³⁹.

Dans le même arrêt, la Cour apportait toutefois d'importantes clarifications concernant la notion de «l'essentiel de son activité»⁴⁰. Selon la Cour, ce critère n'est rempli que si les activités de la filiale sont consacrées **principalement** au pouvoir adjudicateur. Toute autre activité ne doit revêtir qu'un **caractère marginal**.

Les activités dont il convient de tenir compte sont **toutes celles que l'entité "in-house" réalise dans le cadre d'un marché attribué par le pouvoir adjudicateur. Cette considération s'applique** quelle que soit l'identité du bénéficiaire (qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'utilisateur des services), de l'entité qui paie l'adjudicataire (qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur ou de tiers utilisateurs des services) ou du territoire sur lequel ces services sont fournis.

Dans le cas où plusieurs pouvoirs adjudicateurs détiennent une entité "in-house", la condition relative à l'essentiel de son activité peut être satisfaite si cette filiale effectue l'essentiel de son activité, non nécessairement avec tel ou tel de ces pouvoirs adjudicateurs, mais avec ces pouvoirs adjudicateurs pris dans leur ensemble. Par conséquent, **l'activité à prendre en compte dans le cas d'une entreprise détenue par plusieurs collectivités est celle que cette entreprise réalise avec l'ensemble de ces collectivités**⁴¹.

³⁸ Carbotermo, point 60.

³⁹ Carbotermo, point 55. (Cet arrêt concernait l'«ancienne» directive «services spéciaux» (93/38). Cependant, l'article 23 de la «nouvelle» directive «services spéciaux» (2004/17/CE) prévoit également un seuil de 80 % du chiffre d'affaires au-delà duquel les marchés attribués aux entreprises affiliées peuvent ne pas relever du champ d'application de ladite directive.)

⁴⁰ Carbotermo, points 63 à 68.

⁴¹ Carbotermo, points 70 et 71.

3.2.4. *Autres questions en suspens concernant les scénarios relatifs aux entités "in-house"*

Les questions suivantes n'ont pas encore été abordées directement dans la jurisprudence de la Cour mais elles pourraient se poser en pratique dans les termes suivants:

- Des capitaux privés peuvent-ils être présents dans l'entité de contrôle?

Cette question peut se poser dans le cas des organismes régis par le droit public. Il n'est pas exclu qu'ils soient toujours en mesure d'exercer un contrôle de type "in-house" sur une autre entité.

- Une attribution de marché «ascendante» (l'entité contrôlée attribue un contrat à l'entité mère) est-elle possible ?

Dans le cas d'une attribution «ascendante», on peut observer que la logique de "in-house", à savoir l'absence de deux entités aux objectifs indépendants, continuerait de s'appliquer.

- Des entités «sœurs» (deux entités contrôlées par la même entité mère) peuvent-elles passer des contrats entre elles?

Dans le cas des contrats entre entités sœurs, aucune entité ne contrôle l'autre: les deux entités sont contrôlées par la même entité mère. La jurisprudence "in-house" ne semble pas exclure les marchés publics normaux entre entités sœurs du champ d'application des règles de passation des marchés publics, étant donné qu'aucune entité ne contrôle l'autre. Cependant, la jurisprudence "in-house" peut s'appliquer formellement si, par exemple, un pouvoir adjudicateur qui détient et contrôle deux entités "in-house" commande certains biens à l'une de ses entités et les fait livrer à l'autre.

3.3. Coopération non institutionnalisée/horizontale afin de remplir conjointement des missions de service public⁴²

3.3.1. Principales caractéristiques d'une coopération horizontale entre pouvoirs adjudicateurs ne relevant pas des règles UE sur les marchés publics

Dans son arrêt *Hambourg*⁴³, la Cour a également accepté le fait qu'une coopération public-public pouvait exister en dehors de la situation où des entités "in-house" étaient contrôlées conjointement. La Cour a souligné que le droit UE n'impose pas aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser une forme juridique particulière pour effectuer conjointement leurs missions de service public⁴⁴. Aux fins du présent document, ce type de coopération

⁴² La Cour n'a pas spécifiquement défini ce terme dans son arrêt. Par conséquent, il peut désigner des missions (i) effectuées par le pouvoir adjudicateur, (ii) que le pouvoir adjudicateur peut légalement effectuer, ou (iii) que le pouvoir adjudicateur a l'obligation légale d'effectuer. Selon les services de la Commission, il est possible d'interpréter cette notion au sens large.

⁴³ Voir note de bas de page 6.

⁴⁴ Idem, point 47.

est qualifié de «non institutionnalisée» ou «horizontale», avec la participation de différents pouvoirs adjudicateurs.

Il s'agit à ce jour du seul arrêt de la Cour sur la coopération public-public ne mentionnant pas les entités "in-house" contrôlées conjointement. La Cour semble s'être appuyée sur de nombreuses circonstances spécifiques qui concernaient le cas particulier pour parvenir à sa conclusion.

Néanmoins, compte tenu des aspects de l'arrêt qui peuvent être généralisés, il est raisonnable de conclure que les pouvoirs adjudicateurs peuvent établir une coopération horizontale entre eux (sans créer de filiale contrôlée conjointement) dans le cadre de laquelle ils concluent des accords non couverts par le droit UE sur les marchés publics, si les conditions suivantes sont au moins remplies:

- l'arrangement ne concerne que des pouvoirs adjudicateurs, sans participation de capitaux privés⁴⁵;
- l'accord porte sur une réelle coopération visant à effectuer conjointement une mission commune, par opposition à un marché public normal; et
- leur coopération n'est guidée que par des considérations relatives à l'intérêt public.

3.3.2. *Distinction entre une authentique «coopération» et un marché public normal*

Selon l'arrêt *Hambourg*, la coopération vise à **assurer conjointement l'exécution d'une mission de service public que tous les partenaires doivent effectuer**. Cette exécution conjointe se caractérise par la participation et les obligations mutuelles des partenaires contractuels, débouchant sur une synergie mutuelle. Cela ne signifie pas nécessairement que chacun des partenaires participe d'égale manière à l'accomplissement de la mission en soi. La coopération peut reposer sur une division des tâches ou sur un certain degré de spécialisation. Néanmoins, le marché doit viser un **objectif commun**, à savoir l'exécution conjointe d'une même tâche.

Exemple: si les partenaires ont pour objectif commun le traitement des déchets, ils peuvent répartir les principales tâches de sorte que l'un assure la collecte et l'autre l'incinération des déchets.

Une lecture globale de la jurisprudence suggère que l'accord doit recouvrir la forme d'une réelle coopération, par opposition à un marché public normal, où l'une des parties exécute une tâche définie contre rémunération⁴⁶. Une telle attribution

⁴⁵ Dans l'arrêt *Hambourg*, la Cour cite les «autorités publiques», mais selon les services de la Commission, cette coopération horizontale pourrait être ouverte à toutes les catégories de pouvoir adjudicateur, donc également aux organismes de droit public. En revanche, la conséquence logique du critère 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.

⁴⁶ Affaire C-275/08, *Commission contre Allemagne*, Rec. 2009, p. I-00168.

unilatérale d'une tâche par un pouvoir adjudicateur à un autre ne peut être considérée comme une coopération.

Exemple: la fourniture d'électricité aux bâtiments administratifs d'une municipalité par l'entreprise de distribution d'énergie d'une autre municipalité sans passation préalable d'un marché public.

La coopération est régie par des considérations relatives à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. Ainsi, si elle peut entraîner des droits et obligations mutuels, elle ne peut impliquer de **transferts financiers** entre les partenaires publics autres que ceux correspondant au remboursement des frais **réellement encourus** pour les travaux/services/fournitures: la prestation de services contre rémunération est une caractéristique des marchés publics soumis aux règles UE sur les marchés publics.

3.3.3. *Restrictions éventuelles concernant les activités sur le marché commercial*

La Cour a jugé que la coopération ne devait être régie que par des considérations relatives à l'intérêt public. Par conséquent, elle ne serait pas exemptée si elle était guidée, c'est-à-dire principalement déterminée, par d'autres considérations, notamment commerciales. En conséquence, les partenaires de la coopération ne devraient en principe pas être actifs sur le marché dans le cadre de la coopération. Autrement dit, l'accord de coopération ne devrait pas comprendre d'activités proposées sur le marché libre⁴⁷.

Exemple: si, dans l'affaire Hambourg, les partenaires avaient construit un incinérateur à déchets d'une capacité dépassant leurs besoins, dans le but de vendre la capacité excédentaire sur le marché en réalisant un bénéfice, leur coopération n'aurait pas été régie uniquement par des considérations et des exigences liées à l'intérêt public.

3.4. Synthèse

À la lumière de ce qui précède, on peut affirmer que les marchés publics normaux entre pouvoirs adjudicateurs demeurent soumis aux obligations relatives à la passation de marchés publics (par exemple l'achat de certains services à un autre pouvoir adjudicateur). Cependant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent mettre en place des structures leur permettant de coopérer entre elles, qu'elles soient institutionnalisées ou non⁴⁸.

⁴⁷ Si, pour des raisons pratiques, cette exclusion complète devait aller à l'encontre des raisons d'intérêt général régissant la coopération (utilisation économiquement raisonnable des ressources, par exemple), une activité strictement accessoire et marginale avec des entités ne participant pas à la coopération pourrait être acceptable (utilisation raisonnable de capacités accessoires inutilisées).

⁴⁸ Il a été dit que l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne éclairait d'un jour nouveau la jurisprudence de la Cour à ce sujet. Il est exact que le traité de Lisbonne modifie profondément le système juridique de l'Union européenne dans son ensemble, ce dont il convient de tenir compte en interprétant la législation secondaire de l'UE. Une des modifications importantes introduites par le traité de Lisbonne est la reconnaissance de l'autonomie locale et régionale (article 4, paragraphe 2, du TUE). En outre, l'article 1er du protocole (n° 26) sur les services d'intérêt général reconnaît le rôle essentiel et le large pouvoir discrétionnaire des autorités nationales, régionales et locales

Selon les services de la Commission, les deux formes (verticale et horizontale) de coopération public-public constituent pour les pouvoirs adjudicateurs deux moyens, accessibles dans les mêmes conditions, d'organiser l'exécution de leurs missions de service public en dehors du champ d'application du droit UE sur les marchés publics. La Cour a clairement confirmé que le droit UE n'impose pas aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser une forme juridique particulière pour effectuer conjointement leurs missions de service public. S'il existe structurellement deux types différents de coopération public-public ne relevant pas du droit UE sur les marchés publics, ils ont néanmoins plusieurs caractéristiques en commun.

- Utilisation des ressources propres en coopération avec d'autres

Un pouvoir adjudicateur peut effectuer les missions de service public au moyen de ses propres ressources, sans recourir à des entités extérieures à ses propres services, et il peut le faire en coopération avec d'autres pouvoirs adjudicateurs⁴⁹, soit dans le cadre d'une coopération institutionnalisée par le biais d'une entité "in-house" contrôlée conjointement, soit sans recourir à cette forme institutionnalisée.

- Seuls des pouvoirs adjudicateurs participent; pas de capitaux privés

Il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour⁵⁰ que, pour être exemptée de l'application des règles de l'UE sur les marchés publics, toute coopération public-public doit rester purement publique. Par conséquent, en cas de participation de capitaux privés dans l'une des entités qui coopèrent, cette coopération ne pourra être exemptée de l'application de ces règles⁵¹.

- Pas de vocation de marché prédominante

Si les entités coopérantes ont une vocation de marché, elles se trouvent en concurrence directe avec des opérateurs privés qui ont des objectifs et instruments commerciaux identiques ou similaires. La coopération exemptée des règles sur les marchés publics et dont l'objectif est de remplir une mission de service public doit être constituée uniquement d'entités non actives commercialement sur le marché (du moins à titre principal). Cela résulte principalement du fait que les partenaires de la coopération doivent être des pouvoirs adjudicateurs. Le statut des autorités publiques impose des limites à leurs activités, tandis que les organismes de droit public doivent être créés «pour

pour fournir, faire exécuter et organiser les services d'intérêt économique général d'une manière qui réponde autant que possible aux besoins des utilisateurs. Ces dispositions confirment le droit des autorités de décider comment exécuter les services qu'elles sont tenues de fournir au public. En revanche, si l'existence de ce droit n'a jamais été contestée, même par le passé, il est clair que celui-ci doit être exercé dans le respect des autres dispositions du droit UE. Par conséquent, certains choix posés par les pouvoirs adjudicateurs peuvent impliquer le respect du droit UE sur les marchés publics. Le droit UE n'oblige pas les pouvoirs adjudicateurs à sous-traiter, mais il leur impose de le faire de manière transparente et non discriminatoire si ceux-ci décident de recourir à une entité distincte (publique ou privée) sur une base commerciale.

⁴⁹ Coditel, points 48 et 49; Hambourg, point 45.

⁵⁰ Affaire C-26/03, Stadt Halle.

⁵¹ Stadt Halle; Hambourg, points 44 et 47.

satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial».

En outre, dans une coopération verticale, la filiale doit mener l'essentiel de ses activités pour les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent. Toute activité menée sur le marché doit rester accessoire à ces activités essentielles, car une éventuelle vocation de marché rendrait précaire le contrôle conjoint requis dans une coopération verticale.

En ce qui concerne la coopération horizontale, la Cour a jugé que, dès lors que la mise en œuvre d'une coopération entre autorités publiques est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public, elle ne saurait remettre en cause l'objectif principal des règles UE en matière de marchés publics, à savoir la libre circulation des services et l'ouverture à la concurrence non faussée dans tous les États membres⁵². C'est le cas si la coopération ne poursuit aucun objectif commercial .

- Type des relation entre les partenaires d'une coopération

Dans l'arrêt *Hambourg*, la Cour a souligné que le droit UE n'impose pas aux pouvoirs adjudicateurs d'utiliser une forme juridique particulière pour effectuer conjointement leurs missions de service public. S'il n'existe aucune exigence de ce type à l'égard des deux formes de coopération public-public, verticale et horizontale, il convient de se pencher sur le type de relations existant entre les entités qui coopèrent, celle-ci étant de nature différente.

Dans la coopération institutionnalisée, c'est l'exercice d'un contrôle interne (commun) qui peut éventuellement conduire à exempter du régime des marchés publics un accord qui y serait normalement soumis. Autrement dit, l'exception relative à l'existence d'une situation "in-house" porte sur un marché public visant l'exécution d'une tâche contre rémunération qui dans d'autres circonstances serait couvert.

En revanche, dans le cas d'une coopération non-institutionnalisée et c'est de qui la distingue d'un marché public normal, il paraît essentiel que cette coopération comporte des droits et obligations réciproques allant au-delà de l'exécution d'une tâche contre rémunération et que son objectif ne soit pas d'ordre commercial.

⁵² Hambourg, point 47.

Tableau récapitulatif

I. Marché public entre pouvoirs adjudicateurs indépendants → application des règles de passation des marchés publics

II. Missions publiques effectuées conjointement par des pouvoirs adjudicateurs recourant à leurs propres ressources

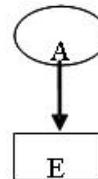
a) Contrôle interne (attribution d'un marché par un pouvoir adjudicateur à sa entité "in-house" filiale)

3 conditions cumulatives:

- pas de capitaux privés dans l'entité "in-house"
- le pouvoir adjudicateur (ou les pouvoirs conjointement) exerce sur l'entité "in-house" un contrôle semblable à celui qu'un pouvoir adjudicateur exercerait sur ses propres services
- l'entité "in-house" effectue l'essentiel de ses activités pour l'autorité ou les autorités de contrôle

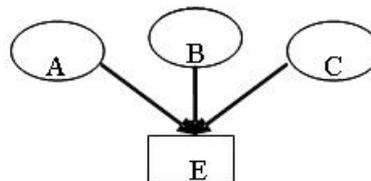
Un seul pouvoir adjudicateur contrôle sa propre entité "in-house"

A est le pouvoir adjudicateur et E est une entité juridique distincte dépendante de A sur le plan tant organisationnel qu'économique



Plusieurs pouvoirs adjudicateurs contrôlent conjointement une entité "in-house"

A, B et C sont des pouvoirs adjudicateurs et E est une entité juridique distincte dépendante des trois pouvoirs adjudicateurs sur les plans organisationnel et économique



b) Coopération entre pouvoirs adjudicateurs sans création d'une structure spécifique

3 conditions:

- l'arrangement ne concerne que des pouvoirs adjudicateurs, sans participation de capitaux privés;
- l'accord porte sur une réelle coopération visant à effectuer conjointement une mission

commune, par opposition à un marché public normal; et

- la coopération n'est guidée que par des considérations relatives à l'intérêt public.

4. MISSION DE SERVICE PUBLIC EFFECTUEE PAR DES RESSOURCES EXTERNES – AUTRES RELATIONS PUBLIC-PUBLIC

Cette section porte sur les situations où une mission d'intérêt public confiée à un pouvoir adjudicateur est effectuée par des ressources extérieures à celui-ci. Ce peut être le cas lorsque la **compétence** relative à la mission en question est transférée en tant que telle à une autre autorité publique. **L'exécution** d'une mission donnée peut également être confiée à une autre entité. Ceci peut intervenir (i) sans l'établissement de liens contractuels, ou (ii) en faisant appel à un autre pouvoir adjudicateur jouissant d'un droit exclusif, ou (iii) par un marché public conjoint avec d'autres pouvoirs adjudicateurs ou via des centrales d'achat.

4.1. Redistribution des compétences entre autorités publiques

La compétence juridique d'effectuer une mission de service public peut se définir comme l'obligation et le droit exclusifs d'effectuer cette mission par ses propres moyens administratifs, techniques et autres ou via des entités extérieures. La notion de compétence, pour une mission de service public donnée, suppose l'autorité officielle nécessaire pour établir le cadre réglementaire d'exécution de la tâche au niveau de l'autorité concernée.

L'organisation de l'administration en tant que telle ne relève pas des compétences de l'UE. Par conséquent, il appartient à chaque État membre de (ré)organiser son administration et – dans le cadre de cette réorganisation – d'autoriser le transfert de compétences pour certaines missions de service public d'une autorité publique à l'autre. (Par définition, le procédé décrit ici n'implique aucune entité privée ou à capitaux mixtes).

Les règles sur les marchés publics ont pour objet de réglementer les situations où un pouvoir adjudicateur acquiert auprès de tiers des biens, des services ou des travaux, c'est-à-dire achète le produit de certaines activités économiques afin de répondre à ses propres besoins ou à ceux des citoyens. Un pouvoir adjudicateur qui transfère toutes les compétences d'une mission de service public donnée n'achète aucun service pour son propre usage. Au contraire, il transfère la responsabilité de cette mission à une autre entité.

Le transfert de compétence d'un pouvoir adjudicateur à un autre, pour une mission de service public donnée, n'est pas régi par les règles sur les marchés publics, qui reposent en partie sur l'article 56 TFUE (ex-article 49 TCE), à savoir la libre prestation de services.

Le transfert de compétence d'un organisme public à un autre pour une mission de service public donnée implique de transférer à la fois l'autorité officielle et toutes les activités économiques associées. Dans le domaine du traitement des déchets, par exemple, le

transfert de toutes les compétences signifie le transfert du droit de fixer les tarifs et d'établir les règles de collecte, d'entreposage et de traitement des déchets, ainsi que du droit de gérer et finalement d'exécuter la mission conformément à ces règles. Tous ces droits sont constitutifs de l'autorité officielle. Un de ces droits consiste à déterminer par quel biais mener concrètement les activités économiques nécessaires à l'accomplissement de la mission de service public (par exemple la collecte, le transport, l'entreposage, l'élimination et le recyclage des déchets): soit par l'organisme public lui-même ou via une tierce partie qu'il aura mandatée.

Bien que le transfert de compétence existe dans les États membres, ni la législation UE ni la jurisprudence de la Cour ne le reconnaissent explicitement.

La Cour a cité, dans une affaire⁵³, le transfert d'autorité officielle lorsqu'un État membre a invoqué le transfert de compétences d'un organisme public à un tiers. Selon cette jurisprudence, il n'y a **pas** de transfert de compétences si

- l'entité publique initialement compétente demeure responsable au premier chef du projet, car elle est légalement tenue de ne pas se soustraire à ses obligations;
- la nouvelle entité ne peut prendre des mesures ayant valeur légale qu'après approbation de l'entité publique initialement compétente; et
- la nouvelle entité est financée par l'entité publique initialement compétente pour remplir ses missions, de sorte qu'elle ne dispose pas de marge de manœuvre.

Sur cette base, la caractéristique distinctive du transfert de compétences d'un organisme public à un autre dans le cadre de la réorganisation de l'administration publique est la globalité du transfert. L'organisme qui transfère la compétence ne conserve aucune responsabilité. Le bénéficiaire du transfert doit exercer la compétence indépendamment et sous sa propre responsabilité.

En particulier, l'organisme qui transfère la compétence ne conserve pas le droit de déterminer l'exécution d'activités économiques entreprises dans le cadre de la mission de service public concernée. Ces missions de nature économique sont exécutées sous l'autorité du bénéficiaire du transfert.

Cela n'exclut toutefois pas que l'organisme qui transfère la compétence ait une certaine influence sur l'organisation concrète de l'exécution de la mission en question. En fait, les agents de l'organisme qui transfère la compétence peuvent être membres des organes de direction ou de gestion de l'autorité bénéficiaire du transfert. L'autorité qui transfère la compétence peut également conserver le droit d'obtenir certaines informations.

En conséquence, on peut conclure que si, par exemple, plusieurs autorités publiques décident de créer une nouvelle entité à laquelle elles transfèrent l'intégralité d'une

⁵³ Affaire C-264/03, Commission/France, Rec. 2005, p. I-08831, point 54. Voir également les conclusions de l'avocat général Maduro du 24 novembre 2004, points 39-41.

compétence donnée, ou si une autorité publique décide de transférer sa compétence à une entité existante, et que la mission de service public est alors exécutée par le bénéficiaire du transfert en toute indépendance et sous sa propre responsabilité, et que les autorités ayant transféré la compétence ne conservent aucun contrôle sur le service, alors le droit UE sur les marchés publics n'est pas applicable.

4.2. Attribution non contractuelle de missions

Les directives UE sur les marchés publics présupposent l'existence d'un contrat, ce qui nécessite au moins deux entités juridiquement distinctes et autonomes au plan décisionnel⁵⁴. Un contrat est essentiellement un concours de volonté supposant que les parties ont la faculté de se lier contractuellement ou de se libérer de ce lien⁵⁵. D'autres indices de l'existence d'un contrat sont la capacité de négocier le contenu concret des prestations à fournir ainsi que les tarifs applicables à ces dernières⁵⁶. Un contrat implique une relation synallagmatique. En l'absence de contrat, les directives UE sur les marchés publics ne s'appliquent pas. Il ressort de la jurisprudence de la Cour que si une entité exécute une mission en vertu des obligations que lui impose la législation nationale plutôt qu'en vertu d'un contrat, les directives UE sur les marchés publics ne s'appliquent pas.

Plus spécifiquement, dans l'affaire *Tragsa*⁵⁷, la Cour a estimé qu'en vertu du droit national applicable, Tragsa, entreprise publique, était tenue de réaliser les commandes qui lui étaient confiées par le pouvoir adjudicateur, et ne disposait pas de la possibilité de fixer librement le tarif de ses interventions ni de refuser une commande, étant donné qu'elle était un moyen instrumental et un service technique dudit pouvoir. Selon la Cour, les relations de Tragsa avec les pouvoirs adjudicateurs étaient non pas de nature contractuelle, mais, à tous égards, de nature interne, dépendante et subordonnée⁵⁸. En conséquence, les directives UE sur les marchés publics ne s'appliquaient pas à cette relation.

Il convient toutefois de noter que l'application du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ne dépend pas de l'existence d'un contrat. Le traité s'applique «*dans le cas où une autorité publique confie la prestation d'activités économiques à un tiers*»⁵⁹. En revanche, la Cour reconnaît l'exception relative à l'existence d'une situation "in-house" dans le cadre du traité.

⁵⁴ Teckal, point 51.

⁵⁵ Affaire C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado, Rec. 2007, p. I-02999, point 54 et affaire C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contre Administración General del Estado, Rec. 2007, p. I-12175, point 55.

⁵⁶ Idem.

⁵⁷ Affaire C-295/05, Tragsa.

⁵⁸ Affaire C-295/05, point 51.

⁵⁹ Parking Brixen, point 61.

4.3. Relation entre la réglementation des marchés publics et certains droits exclusifs

Si un pouvoir adjudicateur jouit d'un droit exclusif au sens de l'article 18 de la directive 2004/18/CE, les autres pouvoirs adjudicateurs ne peuvent attribuer les contrats de services respectifs qu'à cette entité. Cette disposition a été introduite principalement pour éviter des procédures de mise en concurrence dans les cas où, en raison de l'existence d'un droit exclusif, seule une entité pourrait in fine obtenir le marché en question.

En général, la notion de «droits exclusifs» peut couvrir différentes situations, telles que le fait de réserver tout un secteur économique aux autorités publiques ou le fait de confier de manière exclusive l'accomplissement d'une tâche spécifique à une entreprise donnée. Cependant, tous les droits exclusifs ne justifient pas l'exemption de mise en concurrence d'un marché public de service. L'article 18 dispose que ce droit exclusif doit être octroyé par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, publiées et compatibles avec le traité. En outre, **l'article 18 ne concerne que les droits octroyés à certains organismes du secteur public en vue de fournir certains services, de manière exclusive, au secteur public.** Le fait que cette exemption soit limitée aux contrats conclus avec des entités qui sont elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs garantit la mise en concurrence sur les marchés en aval, étant donné que le pouvoir adjudicateur qui jouit du droit exclusif doit respecter les directives UE sur les marchés publics pour ses propres acquisitions.

- Compatibilité avec le traité

Les dispositions législatives, réglementaires ou administratives publiées doivent être conformes avec le traité, en particulier avec l'article 49 (ex-article 43 TCE) et l'article 56 (ex-article 49 TCE) du TFUE et avec les règles et principes qui en découlent. Ces règles et principes prévoient la non discrimination, la transparence, la proportionnalité, la reconnaissance mutuelle et la protection des droits individuels.

Un droit exclusif qui, par définition, restreint la liberté des autres entités de fournir des services, se justifie seulement dans certaines conditions⁶⁰.

Par conséquent, le droit exclusif doit se justifier soit par une dérogation expressément prévue par le traité (exercice de l'autorité officielle (article 51 TFUE [ex-article 45 TCE]), raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (article 52 TFUE [ex-article 46 TCE]) ou, conformément à la jurisprudence de la Cour, par des raisons impérieuses d'intérêt général, la restriction étant de nature à garantir la réalisation de

⁶⁰ Affaire 203/08, *The Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair contre Minister van Justitie*, Rec. 2010 non encore publié, points 23 à 25; affaire C-124/97, *Markku Juhani Läärrä, Cotswold Microsystems Ltd et Oy Transatlantic Software Ltd contre Kihlakunnansyyttäjä (Jyväskylä) et Suomen valtio (Etat finlandais)*, Rec. 1999, p. I-06067, points 29 à 31; affaire C-42/07, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd contre Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa*, Rec. 2009, p. I-07633, points 52 à 55.

l'objectif poursuivi, n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif et, en tout état de cause, étant appliquée de manière non discriminatoire^{61 62}.

- Le principe de non-discrimination impose-t-il la mise en concurrence de l'octroi du droit d'exclusivité?

L'article 18 concerne les droits octroyés à certains organismes du secteur public en vue de fournir certains services, de manière exclusive, au secteur public. Si la justification de la restriction à la libre prestation des services est une raison impérieuse d'intérêt général, une des conditions à remplir est le caractère non discriminatoire de la mesure en question. Cela implique que, de manière générale, aucune entité privée ne soit placée dans une position plus avantageuse que ses concurrents. Par conséquent, lorsqu'un droit exclusif a été octroyé à un pouvoir adjudicateur comportant des capitaux privés (ce qui peut arriver dans le cas d'un organisme de droit public), il paraît difficile de respecter ce principe en l'absence de procédure transparente assurant l'égalité de traitement⁶³. En revanche, vu l'historique et l'objet de l'article 18, ainsi que la jurisprudence récente sur des situations comparables, cela ne serait pas nécessaire si le bénéficiaire du droit exclusif est un organisme public, tel qu'un pouvoir adjudicateur sans capitaux privés⁶⁴.

4.4. Relations entre pouvoirs adjudicateurs dans le cadre d'accords d'achat conjoints ou centraux

Les marchés publics conjoints peuvent prendre plusieurs formes, allant de l'organisation d'un appel d'offres commun au recours systématique à la spécialisation (par exemple, un pouvoir adjudicateur est responsable de certains types de marché public à utiliser par toutes les entités concernées, un autre organise un autre type de marché public, etc.), en passant par la mise en place d'une structure (organe) spécifique au marché public commun. Les relations entre les différents participants sont ou non soumis à la réglementation UE sur les marchés publics, en fonction de la méthode choisie.

Dans le cas d'une simple coopération administrative visant à établir des spécifications communes ne nécessitant pas de contrat à titre onéreux entre les parties, c'est-à-dire lorsque les autorités se contentent d'organiser un appel d'offres commun, elles appliquent ensemble la réglementation sur les marchés publics mais leur coopération n'est pas soumise à cette réglementation. L'article 1er, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE définit les pouvoirs adjudicateurs notamment comme des associations formées par une ou

⁶¹ Affaire C-243/01, Gambelli, Rec. 2003, p. I-13031, point 65; Affaire C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et consorts contre Commissariaat voor de Media, Rec. 1991, p. I-04007.

⁶² En outre, les décisions visant à octroyer des droits exclusifs à des entreprises peuvent constituer des infractions au traité lorsque les exigences de service public à remplir par le prestataire de service ne sont pas correctement spécifiées (affaire C-66/86, Silver Line Reisebüro, Rec. 1989, p. I-803), lorsque le prestataire de service est manifestement incapable de répondre à la demande (affaire C-41/90, Höfner, Rec. 1991, p. I-1979) ou lorsqu'il existe d'autres moyens de remplir les exigences en créant moins de distorsions de concurrence (affaire T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, Rec. 1999, p. II-2329). En outre, la condition imposant la compatibilité de l'octroi du droit exclusif avec le traité n'est pas remplie si la mesure d'octroi est incompatible avec la législation secondaire de l'Union européenne (affaire C-220/06, Correos, points 64 à 66).

⁶³ Voir, par analogie, l'affaire C-203/08, Sporting Exchange Ltd., points 47 et 50.

⁶⁴ Ibidem, points 59 et 60.

plusieurs de ces collectivités, à savoir une ou plusieurs autorités ou organismes régionaux ou locaux de droit public. Cette disposition peut présenter un intérêt dans le contexte de la coopération public-public.

En outre, certaines techniques de centralisation des achats se sont développées dans les États membres. Les organismes d'achat centraux sont des pouvoirs adjudicateurs chargés d'effectuer des acquisitions ou de passer des marchés publics/accords-cadres destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs. L'article 11 de la directive 2004/18/CE dispose explicitement que les pouvoirs adjudicateurs peuvent acquérir des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à des centrales d'achat. Celles-ci peuvent agir comme grossistes (de sorte que d'autres autorités peuvent *lui* acheter) ou comme intermédiaires prenant en charge les procédures de marché public et la gestion des contrats de sorte que les autres autorités puissent acheter *par leur intermédiaire*. Dans les deux cas, aucune procédure de passation de marché public ne doit être organisée pour la relation entre la centrale d'achat et les autorités qui y ont recours, pour autant que la centrale d'achat ait elle-même octroyé ses contrats dans le respect de la directive UE sur les marchés publics.

ANNEXE I

Liste des affaires

Affaire C-480/06, Commission/Allemagne, Rec. 2009, p. I-04747.

Affaire C-107/98, Teckal Srl/Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, Rec. 1999, p. I-08121.

Affaire C-84/03, Commission/Espagne, Recueil 2005, p. I-00139.

Affaire C-26/03, Stadt Halle et RPL Recyclingpark Lochau GmbH/Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, Recueil 2005, p. I-00001.

Affaire C-324/07, Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, Rec. 2008, p. I-08457.

Affaire C-573/07, Sea Srl contre Comune di Ponte Nossa, Rec. 2009, p. I-08127.

Affaire C-29/04 Commission contre Autriche, Rec. 2005, p. I-09705.

Affaire C-340/04, Carbotermo SpA et Consorzio Alisei contre Comune di Busto Arsizio et AGESP SpA., Rec. 2006, p. I-04137.

Affaire C-458/03, Parking Brixen GmbH contre Gemeinde Brixen et Stadtwerke Brixen AG., Rec. 2005, p. I-08585.

Affaire C-371/05, Commission contre Italie, Recueil 2008, p. I-00110.

Affaire C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) contre Comune di Cingia de' Botti, Rec. 2005, p. I-07287.

Affaire C-275/08, Commission contre Allemagne, Rec. 2009, p. I-00168.

Affaire C-264/03, Commission contre France, Rec. 2005, p. I-08831.

Affaire C-295/05, Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) contre Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado, Rec. 2007, p. I-02999.

Affaire 203/08, The Sporting Exchange Ltd, trading as Betfair contre Minister van Justitie, Rec. 2010 non encore publié.

Affaire C-124/97, Markku Juhani Läärä, Cotswold Microsystems Ltd et Oy Transatlantic Software Ltd contre Kihlakunnansyöttäjä (Jyväskylä) et Suomen valtio (Etat finlandais), Rec. 1999, p. I-06067.

Affaire C-42/07, Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International Ltd contre Departamento de Jogos da Santa Casa da Misericórdia de Lisboa, Rec. 2009, p. I-07633.

Affaire C-243/01, Gambelli, Rec. 2003, p. I-13031.

Affaire C-288/89, Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda et consorts contre Commissariaat voor de Media, Rec. 1991, p. I-04007.

Affaire C-66/86, Silver Line Reisebüro, Rec. 1989, p. I-803.

Affaire C-41/90, Höfner, Rec. 1991, p. I-1979.

Affaire T-266/97, Vlaamse Televisie Maatschappij, Rec. 1999, p. II-2329.

Affaire C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contre Administración General del Estado, Rec. 2007, p.I-12175.