

# Les fascicules

## **La galaxie des *entités* *appartenant au secteur* *public* au sens du droit de la commande publique**

Alexis Deroudille

## Sommaire

<b>Introduction .....</b>	<b>3</b>
<b>1. Les hypothèses de coopération verticale .....</b>	<b>5</b>
1.1. Les hypothèses de la coopération verticale simple, avec un seul pouvoir adjudicateur .....	5
1.1.1. L'hypothèse fondamentale de la quasi-régie ou coopération verticale descendante.....	5
1.1.2. La coopération verticale ascendante.....	9
1.1.3. Les entités « sœurs » .....	10
1.1.4. La coopération verticale indirecte.....	11
1.1.5. Autres montages complexes .....	12
1.2. Le contrôle conjoint ou pluri-contrôle .....	14
<b>2. Les autres formes de coopération.....</b>	<b>16</b>
2.1. Les autres formes de coopération relevant de marchés et conventions entre entités appartenant au secteur public.....	16
2.1.1. La coopération horizontale.....	16
2.1.2. L'attribution strictement non-contractuelles de missions à un service instrumental .....	18
2.2. Les autres formes de coopérations non mentionnées dans les directives de 2014 sur la commande publique.....	20
2.2.1. Le partenariat public-privé institutionnalisé .....	20
2.2.2. Hypothèse d'un prestataire qui n'a pas la qualité d'opérateur économique.....	21

# La galaxie des « entités appartenant au secteur public » au sens du droit de la commande publique

Essai d'une typologie des différentes formes de coopération de l'administration avec ses opérateurs externes-internes, permettant d'échapper aux obligations de publicité et de mise en concurrence

Alexis Deroudille

Mise à jour du 20/08/2022

## Résumé

*Issue de l'arrêt fondateur, Teckal, de la Cour de justice de l'Union européenne, l'exception dite in house – ou, en France, quasi-régie – désigne une situation dans laquelle une collectivité publique, pouvoir adjudicateur, peut déroger aux obligations de publicité et de mise en concurrence, inhérentes à l'application du droit de la commande publique, dans de cadre de l'attribution d'un marché ou d'une concession. Tel est le cas lorsque l'attributaire, du fait de certaines de ses caractéristiques — capital public, existence d'un contrôle administratif, activité essentiellement dédiée à la satisfaction des besoins de ce pouvoir adjudicateur —, peut être assimilé à un service interne de cette administration.*

*Au fil du temps, ce type de situation juridique a donné lieu à une série de variations, dont une partie se trouve aujourd'hui codifiée dans les directives de 2014 et, en France, dans le code de la commande publique, sous l'appellation de marchés et concessions conclus entre entités appartenant au secteur public.*

*Du fait des multiples variations de leurs caractéristiques, ces différentes situations de contrats en interne constituent une sorte de nébuleuse, dont le présent fascicule tente d'esquisser un essai de catégorisation. Il se propose notamment de présenter une typologie principaux types de montages, et des conditions juridiques qu'ils exigent, afin de tâcher d'éclairer les collectivités publiques ou les opérateurs qui entendraient en invoquer l'application.*

## Introduction

Résultat final d'une longue évolution, le droit actuel de la commande publique comprend au moins trois niveaux : un niveau international, régi par l'*Accord sur les marchés publics*, adopté dans le cadre de l'OMC<sup>1</sup>, un niveau propre au droit de l'Union européenne, qui, aujourd'hui, est celui des directives de 2014, sur la commande publique<sup>2</sup>, et un niveau interne – en droit Français –, caractérisé l'adoption du code de la commande publique de 2018, qui transpose lesdites directives<sup>3</sup>.

Conformément à ces textes, les marchés publics se définissent comme des contrats conclus à titre onéreux entre *un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs* et *un ou plusieurs opérateurs économiques*, publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures, ou de services<sup>4</sup>. Les concessions qui impliquent ces mêmes acteurs, ne s'en distinguent que dans la mesure où elles prévoient le transfert de l'exploitation du service, et donc, partant, du risque qui lui est attaché<sup>5</sup>.

Ces termes ont, comme on va le voir par la suite, leur importance, dans la mesure où ils délimitent le champ d'application du droit de la commande publique, et partant, celui des exceptions à ce droit.

Contrairement à d'autres systèmes juridiques<sup>6</sup>, le droit de l'Union européenne n'impose pas aux pouvoirs adjudicateurs de démontrer que les activités qu'ils entendent mettre en œuvre par leurs propres moyens pourraient être exercées plus efficacement par un opérateur économique privé. Ce *principe de neutralité* du droit de l'Union quant à l'organisation du service public qui découle directement des dispositions de l'article 346 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), selon lesquelles « Les traités ne préjugent en rien

---

<sup>1</sup> Le dernier accord date de 2012.

<sup>2</sup> Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE ; JOUE L 94 du 28/03/2014 ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, sur l'attribution de contrats de concession ; JOUE, C 191 du 29.6.2012, p. 84 ; C 391 du 18.12.2012, p. 49 ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; JOUE L 94/65.

<sup>3</sup> Il est issu de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 et du décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018.

<sup>4</sup> « Définitions : [...] «marchés publics», des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services » ; Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; JOUE L 94/65 ; article L. 1111-1 du code de la commande publique.

<sup>5</sup> Directive 2014/23/UE précitée ; Préambule, pt. 11. CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, C-324/98, Rec. p. I-10745 ; pt. 58.

<sup>6</sup> Une telle règle peut bien exister aux Etats-Unis, où le « Federal Activities Inventory Reform Act » (Fair Act) de 1998 subordonne l'exécution missions des « public utilities » à une telle démonstration d'effectivité économique (Federal activities inventory reform act (FAIR act) ; public law 105-270 ; 1998). Au Royaume-Uni, une obligation semblable existe avec le « Public sector comparator ».

le régime de la propriété dans les États membres »<sup>7</sup>, est d'ailleurs rappelé par les directives de 2014<sup>8</sup>.

Un tel principe s'applique, bien sûr, à l'hypothèse dans laquelle l'administration entend recourir à ses services internes, ceux-ci étant entendus dans un sens strict, plutôt qu'à un prestataire externe, comme la Cour de justice l'a d'ailleurs rappelé, dans plusieurs arrêts de 2019 et 2020<sup>9</sup>.

Toutefois, cette possibilité s'étend encore aux situations dans lesquelles le prestataire retenu, bien qu'étant formellement distinct de l'administration, peut néanmoins être assimilé à un service interne de cette dernière, du fait de certaines caractéristiques spécifiques de sa situation : existence d'un contrôle administratif, absence d'intervention sur un marché concurrentiel, capital public.

C'est ainsi que les directives de 2014, et le code de la commande publique de 2018 soustraient à leur champs d'application respectifs les marchés ou concessions entre *entités appartenant au secteur public*<sup>10</sup>.

Cette appellation unique recouvre en réalité une assez large gamme d'hypothèses, qui sont fonctions de la combinaison des critères précédemment énumérés, si bien que l'on peut parler d'une véritable galaxie d'opérateurs relevant de la qualification d'entités appartenant au secteur public. Certaines de ces exceptions figurent dans les directives de 2014, et d'autres sont issues de régimes purement prétoriens.

Le présent tente d'en élaborer une typologie succincte.

L'on s'intéressera, en premier lieu, à l'hypothèse de la *coopération verticale*, qui présente une combinaison caractéristique des trois principaux facteurs dont il a précédemment été question **(1)** – bien qu'elle puisse, elle-même, se décliner en un assez grand nombre de variations –, puis l'on se penchera sur les autres hypothèses de coopération, mentionnées dans les directives de 2014, ou issues de sources purement prétoriennes **(2)**.

---

<sup>7</sup> Article 346 TFUE, ancien article 295 TCE.

<sup>8</sup> Directive 2014/24/UE, précitée, article 1.4 ; directive 2014/25/UE, article 1.4. ; directive 2014/23/UE, article 4.1.

<sup>9</sup> CJUE, 3 octobre 2019, *Irgita c/ Ville de Kaunas* ; Aff. C-285/18 ; voir pts. 44, 45 et 52 ; voir aussi, CJUE, 6 février 2020, Aff. jtes C-89/19 à C-91/19 (ordonnance) ; pt. 33. Dans ces deux affaires, la Cour de justice rappelle toutefois qu'il est loisible aux États membres de renoncer à un tel principe de neutralité, et de soumettre leurs administrations à l'obligation de démontrer qu'il ne serait pas plus efficace économiquement de recourir à un opérateur externe, plutôt que de recourir à leurs propres services ; voir aussi, CJUE, 6 février 2020 ; n°11/19.

<sup>10</sup> Directive 2014/24/UE, article 12 ; directive 2014/23/UE, article 17 ; directive 2014/25/UE, article 28 ; articles L. 2511-1 à L. 2511-9 et L. 3211-1 à L. 3211-9 du code de la commande publique.

## 1. Les hypothèses de coopération verticale

### 1.1. Les hypothèses de la coopération verticale simple, avec un seul pouvoir adjudicateur

#### 1.1.1. L'hypothèse fondamentale de la quasi-régie ou coopération verticale descendante

En matière d'entités appartenant au secteur public, l'on peut affirmer que l'hypothèse fondamentale de coopération publique-publique est celle qui correspond à ce que l'on nomme en droit interne *quasi-régie*, également aussi appelée exception « in house », au sens strict – ou dans le langage de la Commission *coopération verticale descendante*.

Issue de la jurisprudence fondatrice *Teckal* de la Cour de justice<sup>11</sup>, aujourd'hui codifiée aux articles L. 2511-1 et L. 3211-1 du code de la commande publique qui transposent les dispositions des articles 12.1., 17.1. et 28.1. des directives 2014/24/UE, 2014/23/UE et 2014/25/UE, cette hypothèse de dérogation aux obligations de publicité et de mise en concurrence suppose la vérification de trois conditions cumulatives<sup>12</sup>.

Tout d'abord, le pouvoir adjudicateur doit exercer sur la personne morale concernée un « contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services », contrôle qui doit consister en « une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée »<sup>13</sup>.

Cette condition répond à une logique d'ordre purement juridique : caractériser l'absence d'autonomie contractuelle de la personne contrôlée. C'est parce que l'entité « in house » peut être assimilée à un service interne à l'administration qu'une telle relation échappe au droit de la commande publique, un contrat impliquant, par essence, la rencontre de deux volontés autonomes – les marchés publics et les concessions sont, par définition, comme on l'a vu, des contrats<sup>14</sup>.

L'existence d'un tel contrôle s'apprécie *in concreto*, sur la base d'un faisceau d'indices<sup>15</sup>. Ceux-ci peuvent être d'ordre organique, la collectivité étant représentée dans les organes décisionnaires de la personne contrôlée,

---

<sup>11</sup> CJCE, 18 novembre 1999, *Teckal Srl c/ commune de Viano, Azienda et Gas-Acqua Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia*, aff. C-107/98 ; voir M. Karpenschif et C. Nourissat, *Les Grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne, les 100 grandes décisions de la Cour de justice de l'Union européenne* ; Thémis droit, PUF, 2013 ; Commentaire *Teckal*, p. 244.

<sup>12</sup> Voir aussi, en droit interne : CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* ; n°284736 ; voir considérant n°7 ; CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n°365079 ; considérants n°5 et 6 ; CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)* ; n° 300481 ; considérant n°6.

<sup>13</sup> CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG* ; Aff. C-458/03 ; Rec. p. I – 8612 ; pt. 65.

<sup>14</sup> *Trstenjak V.*, Conclusions présentées le 4 juin 2008 dans l'affaire *Coditel Brabant* ; Affaire C-324/07 ; pt. 58 ; Conclusions de M. l'Avocat général Cruz Villalon, présentées le 19 juillet 2012, dans l'affaire *Econord* ; aff. jtes. 182/11 et C-183/11 ; pt. 42.

<sup>15</sup> Au regard de « l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes » ; arrêt *Parking Brixen* précité ; pt. 28.

suffisamment pour y exercer une influence déterminante<sup>16</sup>, ou bien disposant d'un pouvoir via des organes de contrôle *ad hoc*<sup>17</sup>. Ce contrôle peut également être caractérisé par toute sorte de procédés, surabondants par rapport à ceux offerts par le droit des sociétés : possibilité de déterminer les tarifs pratiqués par cet adjudicataire<sup>18</sup>, d'exercer sur lui un contrôle budgétaire et comptable<sup>19</sup>, etc. Enfin, certaines caractéristiques plus générales du profil de la personne morale contrôlée peuvent encore être prises en compte, telles que sa nature particulière d'entreprise publique par exemple<sup>20</sup>.

Ensuite, l'adjudicataire doit réaliser *plus de 80 % de ses activités* 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 même pouvoir adjudicateur contrôle, les directives précisant, en outre, que ce pourcentage d'activité est calculé 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 concernée, pendant les trois années précédant l'attribution du marché<sup>21</sup>.

Cette exigence obéit, quant à elle à un raisonnement de nature économique, visant à éviter les distorsions : en intervenant sur le marché, en tant qu'opérateur économique banalisé, alors même qu'il a bénéficié d'une sorte de privilège, en ayant été soustrait au jeu de la concurrence, l'opérateur dédié fausserait cette dernière. Cette intervention sur le marché doit donc être limitée<sup>22</sup>.

L'exigence de l'activité dédiée est, certes, quantitative, mais peut aussi inclure une dimension plus qualitative, tirée du profil général de l'adjudicataire, qui ne doit pas avoir vocation à diversifier son activité concurrentielle, une fois le marché attribué sans concurrence – il va de soi, en effet, qu'un tel montage constituerait un détournement<sup>23</sup>.

Par le passé, la jurisprudence de la Cour de justice a pu laisser entendre que le seuil chiffré à prendre en compte se situait plutôt au-delà de 90% de l'activité, voire plus<sup>24</sup>, interprétation aujourd'hui démentie par la rédaction des directives. A ce titre, il faut néanmoins bien préciser que le seuil prévu par ces dernières est *strictement supérieur à 80%*, ce qui exclut du bénéfice de l'exception les

---

<sup>16</sup> CJCE, 13 novembre 2008 ; *Coditel Brabant SA contre Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale*, Affaire C-324/07, Rec. 2008, p. I-08457 ; pts. 4, 37 et 40.

<sup>17</sup> CJCE, 10 septembre 2009, *Sea Srl c/ Comune di Ponte Nossia* ; Aff. C-573/07 ; pt. 86 ; CJCE, 17 juillet 2008, *Commission des Communautés européennes c/ République Italienne* (ci-après « Commission c/ Italie »), aff. C-371/05 ; pts 16 et 25.

<sup>18</sup> CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado* ; Aff. C-295/05 ; I – 3034 ; pt. 60.

<sup>19</sup> CJCE, *Commission c/ Italie*, précité ; pt. 26.

<sup>20</sup> Arrêt *Coditel* précité ; pt. 16.

<sup>21</sup> Le choix du chiffre d'affaires comme paramètre fondamental du calcul de l'activité n'allait pas de soi : voir, conclusions de Mme l'Avocat général Stix-Hackl, présentées le 12 janvier 2006, dans l'affaire *Carbotermo*, Aff. C-340/04 ; pt 84.

<sup>22</sup> CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, aff. C-340/04 ; pt. 60 ; conclusions de M. l'Avocat général M. L. A. Geelhoed, présentées le 28 septembre 2006, dans l'affaire *Asemfo*, C-295/05 ; pt. 71.

<sup>23</sup> CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo et Consorzio Alisei*, aff. C-340/04 ; pt. 64 ; conclusions de Mme l'Avocat général Stix-Hackl, présentées le 23 septembre 2004, dans l'affaire *Stadt Halle c/ Lochau*, Aff. C-26/03 ; pt. 89 ; CJCE, 13 octobre 2005, *Parking Brixen GmbH* ; Aff. C-458/03 ; Rec. I-8585 ; pt. 67 ; Conclusions de M. l'Avocat général Pedro Cruz-Villalon, présentées le 19 juillet 2012, dans l'affaire *Econord* ; C-182/11 et C-183/11 ; pt. 46.

<sup>24</sup> CJCE, 19 avril 2007, *Asemfo c/ Tragsa* ; précité ; pt. 63 ; voir aussi, par exemple dans l'arrêt *Sea*, pt. 80 ; ou bien encore *Commission c/ Italie*, pt. 31.

situations dans lesquelles l'opérateur exerce exactement 80% de son activité avec le pouvoir adjudicateur<sup>25</sup>.

Enfin, les directives de 2014 interdisent à la personne morale objet du contrôle analogue d'accueillir la participation directe de capitaux privés à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage, requises par le droit national. Là encore cette rédaction des directives constitue un léger assouplissement au regard des critères anciennement imposés par la jurisprudence, laquelle avait pu laisser penser à une exclusion *in abstracto* de toute participation privée au capital, fût-elle dénuée de toute capacité d'influence<sup>26</sup>. De même, la doctrine de la Commission avait pu rejeter la participation même indirecte de capitaux privés, aujourd'hui admise – notamment lorsque le pouvoir adjudicateur attribuant le marché en accueille<sup>27</sup>. Aujourd'hui la participation indirecte de capitaux privés, par l'intermédiaire des pouvoirs adjudicateurs est bel et bien admise – du moins pour l'hypothèse du « in house » descendant.

Toutefois, en ce qui concerne la participation directe, il faut souligner que cette participation privée doit encore être requise par le droit national. Comme le précise le préambule des directives de 2014, celle-ci n'est donc possible que dans le cas des organismes à adhésion obligatoire, dont la loi prévoit l'obligation d'inclure une fraction de capital privé, sans capacité d'influence ni de blocage.

Par participation privée, l'on entend toute participation ne relevant pas strictement de la sphère publique. Ainsi un organisme de charité doit être considéré comme un actionnaire privé, au même titre qu'une entreprise, quand bien même il ne poursuivrait pas un but lucratif<sup>28</sup>. Cette participation privée doit être rendue obligatoire par des dispositions du droit de l'Union conformes aux traités<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> Conclusions de M. l'Avocat général, présentées le 27 février 2014, dans l'affaire *Centro Hospitalar de Setúbal, EPE Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c/ Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda* (Aff. C – 574/12) ; pt. 62.

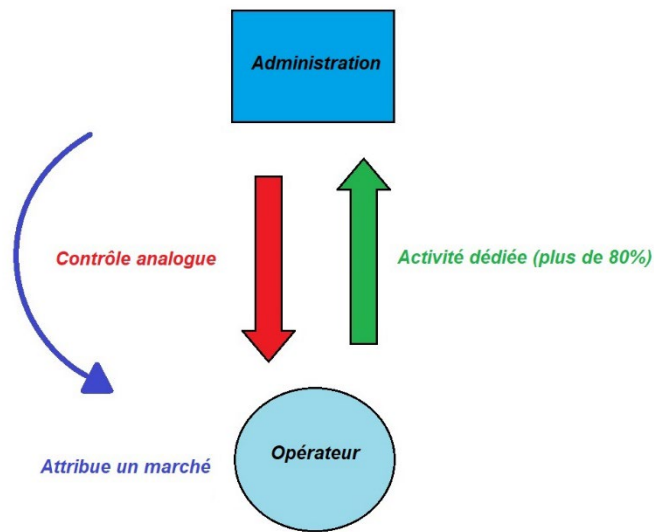
<sup>26</sup> CJCE, 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, pt. 49 ; Conclusions de Mme l'Avocat général Kokott, présentées le 1er mars 2005, dans l'affaire *Parking Brixen*, C-458/03 ; Rec. p. I – 8588 ; pt. 53.

<sup>27</sup> Document du 04.10.2011SEC (2011) 1169 final, par la DG Marché Intérieur et Services ; Voir « 3.2.4. Autres questions en suspens concernant les scénarios relatifs aux entités "inhouse" » ; p. 13.

<sup>28</sup> CJCE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal, EPE Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c/ Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda* ; Aff. C – 574/12 ; pts. 36, 37 et 39.

<sup>29</sup> Directive 2014/23/UE précitée, préambule pt. (46) ; Directive 2014/24/UE précitée, préambule pt. (32).





**Figure 1 : La coopération verticale descendante** – C'est là l'hypothèse de base de l'exception « in house » ou quasi-régie.

Il est important de préciser que l'attributaire du marché n'est pas lui-même dispensé des obligations de publicité et de mise en concurrence, lorsqu'il intervient, lui-même, comme un pouvoir adjudicateur<sup>30</sup>.

Une fois vérifiées les conditions précédemment énumérées, il est possible pour l'Etat, les collectivités territoriales, ou toute autre type de pouvoir adjudicateur, de recourir une assez grande diversité d'acteurs, afin de réaliser un tel montage : associations<sup>31</sup>, groupements d'intérêt public<sup>32</sup>, établissements publics<sup>33</sup>, EPCI<sup>34</sup>.

Les sociétés publiques locales d'aménagement<sup>35</sup>, et les sociétés publiques locales<sup>36</sup>, dont la création a d'ailleurs été motivée par ce type de montages « in house », offrent d'ailleurs des véhicules tout à fait appropriés à une telle finalité, bien que ceux-ci imposent des conditions excessivement restrictives eu égard des conditions précédemment exposées, issues des directives de 2014 : d'une part, leur activité doit être exclusivement dédiée aux collectivités qui les détiennent, leur portée géographique y étant d'ailleurs strictement limitée, d'une autre part, leur capital étant strictement réservé à leurs collectivités à l'exclusion de tout actionnaire privé.

Le recours aux sociétés d'économie mixte locales paraît, en revanche, exclu, 15% de leur capital, au moins, devant être détenu par des personnes morales,

<sup>30</sup> CJCE, 12 juillet 2001, *Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi*; Aff. C-399/98; Rec. I – 5435; pt. 100;

<sup>31</sup> CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*; précité; voir considérant n°7.

<sup>32</sup> CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)*; n° 300481; considérant n°6.

<sup>33</sup> CAA de Paris, 30 juin 2009, *OPAC de Paris*, n° 07PA02380; Considérant n°2

<sup>34</sup> TA de Pau, 14 octobre 2008, *Préfet des Pyrénées atlantiques contre Commune d'Ilharre*; n°0800537; AJDA 2009 p. 929; considérant n°7.

<sup>35</sup> Article L. 327-1 du code de l'urbanisme.

<sup>36</sup> Article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales.

autres que des collectivités territoriales. C'est d'ailleurs là la position du gouvernement français<sup>37</sup>.

### 1.1.2. La coopération verticale ascendante

La situation de coopération verticale descendante, précédemment décrite, peut tout aussi bien s'inverser. C'est alors l'entité, objet d'un contrôle analogue, qui assume la fonction de pouvoir adjudicateur, et attribue un marché à l'entité contrôlante. Cette situation fait également exception à l'application des obligations de publicité et de mise en concurrence, prévues par le droit de la commande publique. L'on parle alors de *coopération verticale ascendante*. Cette situation avait déjà été envisagée par la Commission en 2011<sup>38</sup>. Elle figure aujourd'hui aux articles 12.2., 17.2. et 28.2. des directives 2014/24/UE, 2014/23/UE et 2014/25/UE, ainsi qu'aux articles L. 2511-2 et L. 3211-2 du code de la commande publique.

Les conditions sont les mêmes que pour la coopération verticale descendante, à ceci près que s'ajoute une condition supplémentaire : la personne morale contrôlante, à laquelle est attribuée le marché, doit, elle-même, ne pas comporter de participation de capitaux privés, à l'exception des formes de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage, requises par le droit national.

En effet, comme le rappelle le préambule des directives, l'interdiction de la participation de tels capitaux privés ne s'applique, dans l'hypothèse d'une coopération descendante, qu'aux capitaux de la personne morale contrôlée, et non au pouvoir adjudicateur auteur du contrôle<sup>39</sup>.

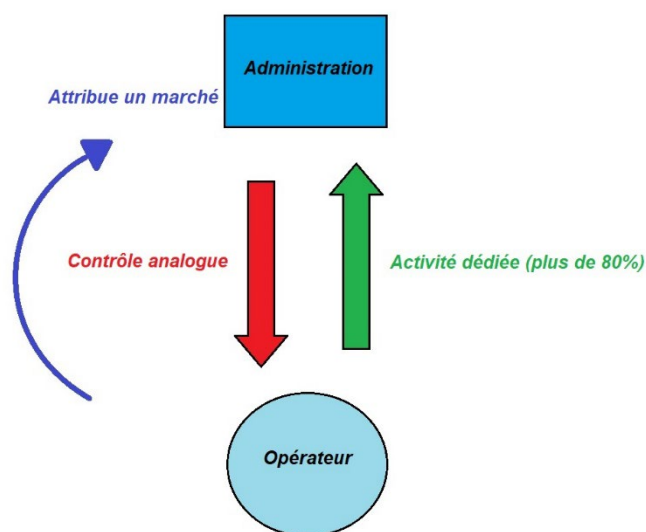
En ce qui concerne la condition de l'activité dédié, celle-ci applique bien à la personne morale contrôlée, en dépit du fait qu'elle agisse, dans ce cas, en tant que pouvoir adjudicateur, ce qui peut être contre-intuitif. En effet, c'est la personne qui attribue le marché qui doit satisfaire à la condition selon laquelle elle réalise plus de 80% de son activité au profit de l'attributaire.

---

<sup>37</sup> Article L. 1522-2 du code général des collectivités territoriales ; Directive 2014/24/UE, préambule, considérant n°32 ; Réponse ministérielle du 28 janvier 2020, JO p. 609.

<sup>38</sup> Document du travail précité des services de la Commission du 4 novembre 2011 ; Voir « 3.2.4. *Autres questions en suspens concernant les scénarios relatifs aux entités "in house"* » ; p. 13.

<sup>39</sup> Directive 2014/24/UE précitée ; Préambule, considérant (32) ; paragraphe 3.



**Figure 2 : La coopération verticale ascendante ou « in house » inversé** - C'est la personne morale objet du contrôle analogue qui attribue le marché.

### 1.1.3. Les entités « sœurs »

Les mêmes articles 12.2., 17.2. et 28.2. des directives 2014/24/UE, 2014/23/UE et 2014/25/UE, et les articles L. 2511-2 et L. 3211-2 du code de la commande publique prévoient également l'hypothèse d'une coopération entre entités « sœurs », lesquelles font, toutes deux, l'objet d'un contrôle analogue de la part d'une entité tierce, dans les mêmes conditions de contrôle que celles qui ont été précédemment décrites. Dans ce cas, l'une des deux entités faisant l'objet de ce contrôle peut attribuer un marché à l'autre, sans que celui-ci ne soit soumis aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Cette hypothèse de coopération entre entités sœurs ne doit pas être confondue avec celle de la coopération horizontale, dont il sera question ci-après. En effet, celle-ci implique bien des relations de contrôle analogue et d'activité dédiée, qui la rattachent à la coopération verticale.

De la même manière que pour la coopération verticale – ascendante ou descendante –, la coopération entre entités « sœurs » implique que l'adjudicataire réalise *plus de 80% de son activité* avec l'entité qui exerce le contrôle analogue – qui n'est donc pas, dans cette hypothèse, l'adjudicateur – ou bien avec un ou plusieurs autres entreprises également contrôlées par l'auteur de ce contrôle analogue, ce qui peut inclure, entre autres, l'entité « sœur ».

La Commission de l'Union européenne avait pu initialement laisser entendre son opposition à cette pratique<sup>40</sup>, avant que celle-ci ne soit finalement acceptée par les directives et le code de la commande publique.

<sup>40</sup> Document du travail précité des services de la Commission du 4 novembre 2011 ; Voir « 3.2.4. Autres questions en suspens concernant les scénarios relatifs aux entités « in house » » ; p. 13.

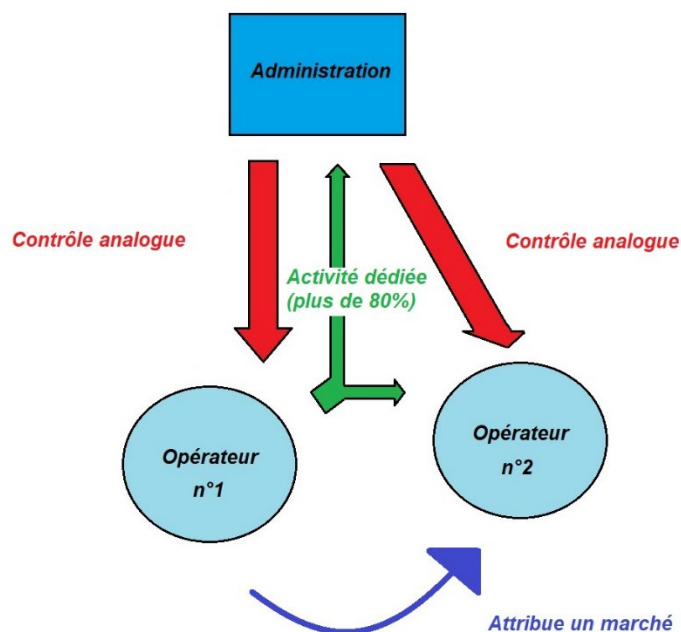


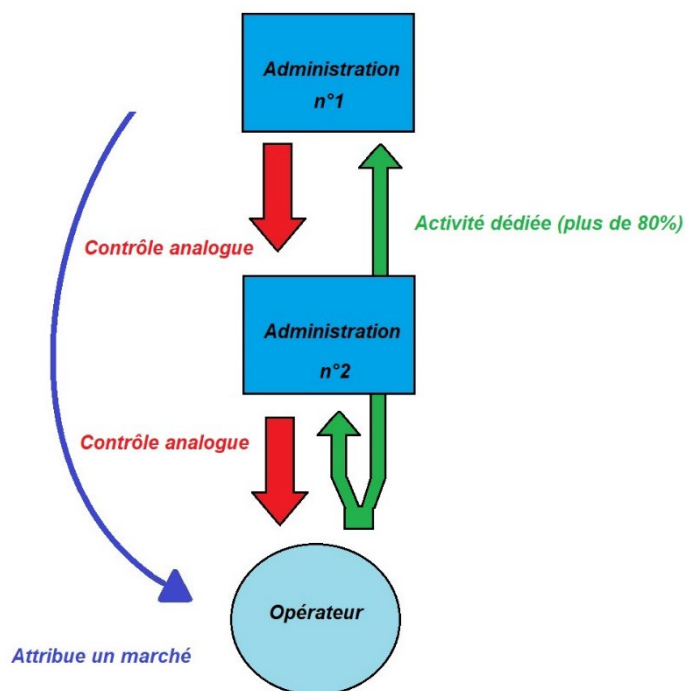
Figure 3 : La coopération entre entités sœurs  
- Deux personnes morales contrôlées par le même pouvoir adjudicateur peuvent nouer entre elles une relation « in house ».

#### 1.1.4. La coopération verticale indirecte

Les articles L. 2511-1 et L. 3211-1 du code de la commande publique paragraphes 2, ainsi que les articles 12.1., 17.1. et 28.1. paragraphes 2 des directives 2014/24/UE, 2014/23/UE et 2014/25/UE permettent que le contrôle analogue soit exercé de façon indirecte, par une entité tierce, elle-même contrôlée par le pouvoir adjudicateur. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur est réputé contrôler l'entité adjudicatrice de façon analogue, en dépit du fait que ce contrôle est exercé indirectement.

L'activité dédiée, qui doit s'élever à *plus de 80% de l'activité de l'entité adjudicataire* doit alors être réalisée soit au profit du pouvoir adjudicateur, auteur primaire du contrôle analogue, soit de n'importe quelle autre personne qu'il contrôle, y compris l'auteur secondaire de ce contrôle analogue indirect, lui-même objet de ce contrôle.

Il est important de préciser que la coopération verticale indirecte peut également être ascendante, les conditions étant les mêmes.



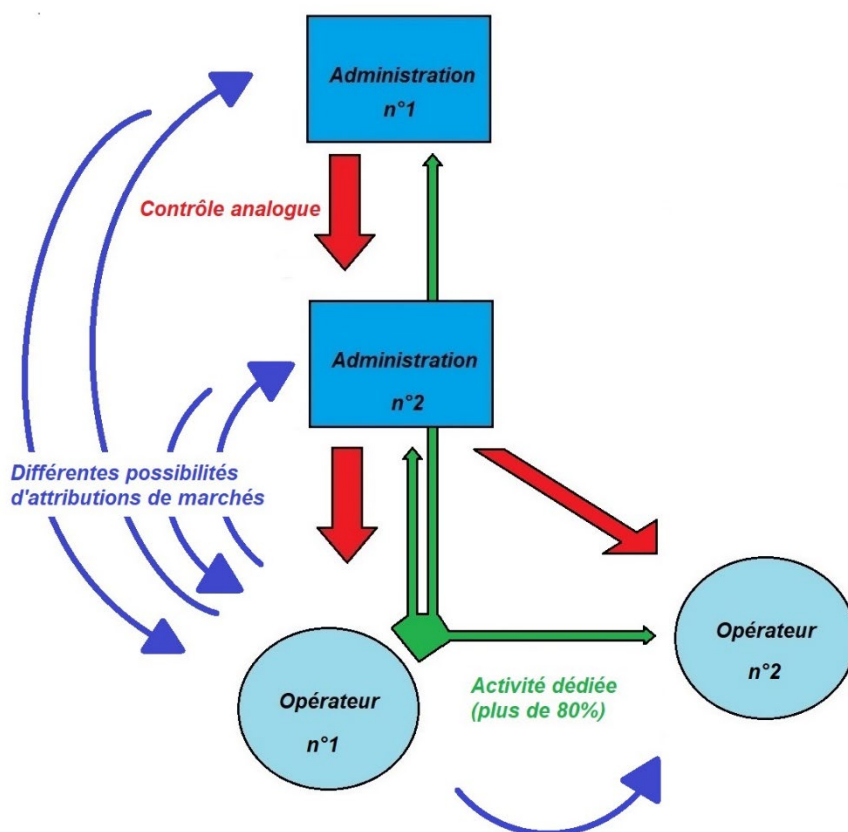
**Figure 4 : La coopération verticale indirecte**

- Le contrôle analogue peut être exercé, doit, directement par le pouvoir adjudicateur sur l'entité contrôlée, soit indirectement, via une entité tierce. L'existence de ce contrôle indirect permet différents types de situations.

#### 1.1.5. Autres montages complexes

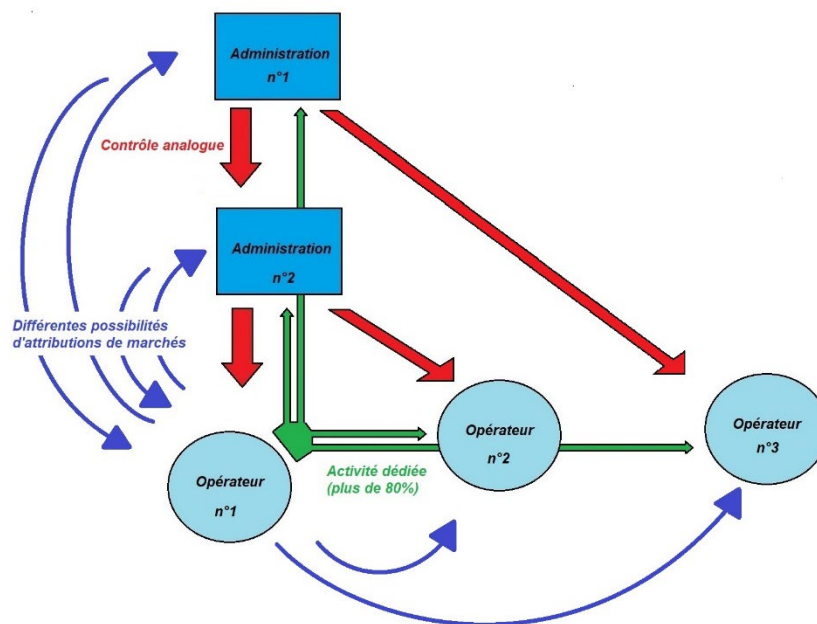
La combinaison des différents types de contrôle précédemment décrits, et des différentes manières de consacrer *plus de 80% de l'activité* aux missions qui sont confiées par le pouvoir adjudicateur ou par toute personne morale qu'il contrôle peut alors donner lieu à toutes sortes de montages complexes.

Ainsi, par exemple, un pouvoir adjudicateur qui fait l'objet d'un contrôle analogue, exercé indirectement une entité primaire, via un entité secondaire, peut attribuer un marché sans publicité ni mise en concurrence, à cet auteur secondaire du contrôle analogue, tout en réalisant plus de 80% de son activité avec, pris ensemble ce même auteur secondaire, l'auteur primaire du contrôle analogue, ainsi qu'une tierce entité, elle-même objet du contrôle analogue primaire – ou, d'ailleurs secondaire.



**Figure 5 : Exemple de montage complexe** – la rédaction des directives de 2014 permet de combiner l'existence d'un contrôle indirect, et la coopération entre entités sœurs, que ce soit dans l'exercice du contrôle analogue, ou dans la satisfaction du critère relatif à l'activité dédiée.

De la même manière, un pouvoir adjudicateur peut attribuer, hors publicité et mise en concurrence, un marché à une entité « sœur », elle-même objet d'un même contrôle analogue, soit directement, de la part du même pouvoir adjudicateur primaire, soit via un pouvoir adjudicateur secondaire, tout en réalisant plus de 80% de son activité, avec, pris en ensemble, le pouvoir adjudicateur, auteur du contrôle primaire, le pouvoir adjudicateur auteur du contrôle secondaire, et l'entité « sœur », elle-même objet du même contrôle – directement ou indirectement.



**Figure 6 : Exemple de montage complexe** –  
Voici un autre exemple de montage complexe : l'on peut remarquer qu'il existe différents degrés de contrôle et d'entités « sœurs ».

## 1.2. Le contrôle conjoint ou pluri-contrôle

La relation de *coopération verticale* est encore caractérisée par la possibilité d'un *contrôle conjoint* – aussi appelé *partenariat public-public* dans le langage de la Commission –, permis par les articles L. 2511-3, L. 2511-4, L. 3211-3 et L. 3211-4 du code de la commande publique, ainsi que les articles 12.3., 17.3. et 28.3., paragraphes 1 et 2, des directives 2014/24/UE, 2014/23/UE et 2014/25/UE.

Dans un tel cas, chacune de ces collectivités n'a pas besoin de démontrer individuellement qu'elle exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services. La collectivité se contente de démontrer que, par sa participation à la gouvernance de la personne morale « in house », elle participe activement au contrôle exercé par les collectivités actionnaires, prises dans leur ensemble, en participant, le cas échéant, aux décisions qui sont adoptées à la majorité.

La possibilité d'un contrôle analogue exercé conjointement, consacré par les directives de 2014, n'est pas nouvelle. En effet, celle-ci apparaît dans la jurisprudence de la Cour de justice, dès son arrêt *Carbotermo*, de 2006<sup>41</sup>, et n'a pas manqué d'être également consacrée par la jurisprudence en droit interne<sup>42</sup>.

Si le contrôle analogue, exercé conjointement, n'a pas besoin d'être individuel, celui-ci se doit néanmoins d'être *effectif*, et le contrôle conjoint ne saurait

<sup>41</sup> CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04 ; I - 4166 ; pt. 37 ; voir aussi : CJCE, 17 juillet 2008, *Commission c/ Italie*, précité ; pt. 8.

<sup>42</sup> CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* ; précité ; voir considérant n°7 ; CE, 4 mars 2009, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)* ; précité ; considérant n°6.

reposer sur la seule capacité d'influence de la collectivité qui détient la majorité des parts de capital<sup>43</sup>.

Ainsi, les articles L. 2511-4 et L. 3211-4 du code de la commande publique, et les paragraphes 2 des articles 12.3., 17.3. et 28.3. des directives précitées imposent que chacun des pouvoirs adjudicateurs exerçant conjointement le contrôle analogue soit représenté au sein de la personne morale contrôlée et interdisent, en outre, à cette personne morale contrôlée de poursuivre *des intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent*. Toutefois, la rédaction de ces textes permet qu'une même personne physique puisse représenter plusieurs de ces entités contrôlantes, contrairement à ce qu'avait précédemment pu laisser entendre la jurisprudence, notamment l'arrêt *Commune de Marsannay-la-Côte* du Conseil d'Etat, dont il a précédemment été question.

A ces critères, énoncés par les directives et le code des marchés publics, l'on ajoutera que la jurisprudence de la CJUE semble subordonner l'effectivité du contrôle conjoint à la détention, par la collectivité se réclamant d'un tel contrôle, d'une fraction suffisante du capital, pour éviter une dilution<sup>44</sup>. A ce titre, il faut bien rappeler que la caractérisation de l'effectivité du contrôle conjoint relève, là encore, d'une appréciation *in concreto*, intégrant le plus grand nombre d'indices possibles. Ainsi, un respect purement formel des critères fixés par les directives pourrait ne pas suffire à caractériser la réalité d'un tel contrôle.

La rédaction des directives de 2014, la jurisprudence de la Cour de justice, ainsi que la doctrine des Avocats généraux semblent converger pour exclure la possibilité d'une coopération ascendante, ou d'une coopération entre entités sœurs, dans l'hypothèse d'un pluri-contrôle<sup>45</sup>. De la même manière, il ressort de la rédaction des directives que ces dernières n'envisage pas, *a priori*, d'étendre le contrôle conjoint à une situation de coopération verticale indirecte.

En revanche, en droit interne français, la possibilité d'une coopération verticale ascendante est expressément admise dans l'hypothèse d'un pluri-contrôle, puisque les articles L. 2511-2 et L. 3211-2 du code de la commande publique précisent bien qu'une entité in house peut attribuer un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, *y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs*. Il est toutefois permis d'émettre certaines réserves quant à la conformité d'une telle disposition au droit de l'Union, eu égard à ce dont il a précédemment été question.

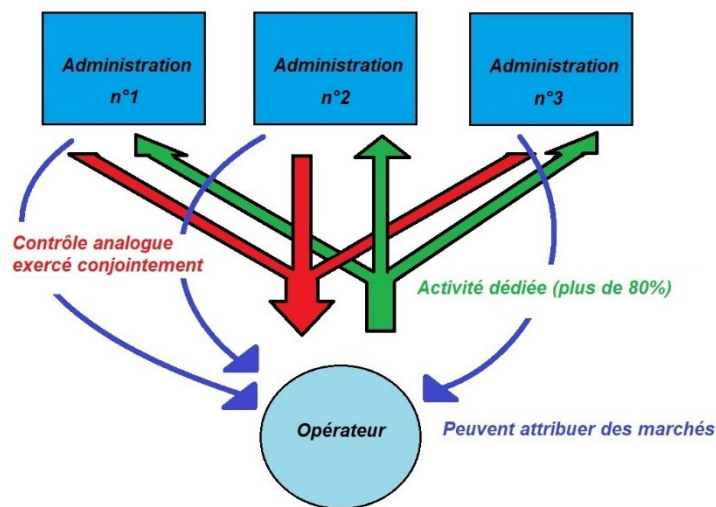
---

<sup>43</sup> CJCE, arrêt *Coditel* précité ; pt. 46 ; CJCE, arrêt *Econord* précité ; pts 27 et 30 ; CJCE, arrêt *Sea* précité ; pt. 23 ; voir en droit interne CE, 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*, n°365079 ; considérants n°5 et 6.

<sup>44</sup> CJUE, 29 novembre 2012, *Econord Spa c/ communes de Cagno, Varese et Solbiate* ; C-182/11 et C-183/11 ; pt. 33 ; CJCE, 21 juillet 2005, *Coname c/ Padania Acque SpA* ; C-231/03 ; Rec. I - 7310 ; pt. 24.

<sup>45</sup> CJCE, 8 mai 2014, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH c/ Technische Universität Hamburg-Harburg*, Aff. C - 15/13 ; pts. 30 à 35 ; Conclusions de M. L'Avocat général P. Mengozzi, présentées le 23 janvier 2014, dans l'affaire *Datenlotsen Informationssysteme GmbH c/ Technische Universität Hamburg-Harburg*, Aff. C - 15/13 ; pts 43 à 44.





**Figure 7 : Le contrôle conjoint** – Plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent exercer conjointement leur contrôle analogue sur une même personne morale « in house » – chacun des pouvoirs adjudicateurs est dispensés de démontrer qu’il exerce individuellement une influence déterminante, mais doit participer aux décisions adoptées « à la majorité »

## 2. Les autres formes de coopération

### 2.1. Les autres formes de coopération relevant de marchés et conventions entre entités appartenant au secteur public

#### 2.1.1. La coopération horizontale

Les hypothèses de coopération verticale, dont il vient précédemment d’être question, doivent être différenciées de ce que la Commission nomme la *coopération horizontale*<sup>46</sup>, exception également d’origine prétorienne<sup>47</sup>, mais consacrée par les articles L. 2511-6 et L. 3211-6 du code de la commande publique, ainsi qu’en droit de l’Union, par les articles 12.4., 17.4. et 28.4. des directives 2014/24/UE, 2014/23/UE et 2014/25/UE

Comme son nom l’indique, ce type de configuration n’implique aucun contrôle administratif de la part de l’une des parties sur l’autre. Il s’agit d’une situation dans laquelle deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs décident de collaborer, en

<sup>46</sup> Commission de l’Union européenne ; Document de travail du 4 octobre 2011, concernant l’application du droit de l’Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs («coopération public-public»), Traduction non officielle du document du 04.10.2011SEC (2011) 1169 final, par la DG Marché Intérieur et Services ; p. 13

<sup>47</sup> CJCE, 9 juin 2009, *Commission contre Allemagne*, C-480/06, Rec. p. I-04747, pt. 36 ; CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac* ; précité ; considérant n°6.

mettant en commun une partie de leurs moyens et de leurs services, afin de poursuivre des finalités d'intérêt public communes.

Les directives prévoient néanmoins trois conditions cumulatives pour que cette exception au droit de la commande publique puisse s'appliquer.

Tout d'abord, le marché en cause doit établir une *coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun*. En effet, comme cela vient d'être dit, il faut que le marché consiste en une véritable coopération, en vue d'atteindre des objectifs communs, dans le cadre de missions de service public. Cette condition implique l'existence d'engagements réciproques des collectivités publiques, et exclut les relations purement commerciales que celles-ci pourraient nouer ponctuellement<sup>48</sup>.

Ensuite, la mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public. Doivent ainsi être exclues les situations dans lesquelles les entités coopératrices favoriseraient, directement ou indirectement, la poursuite d'intérêts privés, ce qui aurait pour conséquence de créer des distorsions à la concurrence<sup>49</sup>. Cette exigence n'interdit pas, toutefois, comme on va le voir, la présence de participation privées aux capital des pouvoirs adjudicateurs impliqués dans le partenariat.

Enfin, les directives précisent encore que, si les services des collectivités qui font l'objet d'une coopération horizontale, peuvent, dans le cadre de cette coopération, intervenir sur le marché concurrentiel en tant qu'opérateurs économiques banalisés, cette activité doit se limiter à *moins de 20% de l'activité concernée par cette coopération*. En effet, l'on sait que l'exercice de missions de service public peut impliquer l'intervention sur un marché concurrentiel – à l'exemple des services publics industriels et commerciaux en droit interne. Le législateur européen a donc voulu limiter ici l'impact d'éventuelles distorsions à la concurrence.

Enfin, il faut préciser que, contrairement à ce qu'avaient pu laisser entendre, dans un premier temps, la jurisprudence de la Cour de justice<sup>50</sup>, et la doctrine de ses Avocats généraux<sup>51</sup>, la coopération horizontale s'étend encore à l'hypothèse où les pouvoirs adjudicateurs concernés sont détenus, pour partie, par des actionnaires privés – et pas seulement donc, dans l'hypothèse d'actionnaires privés sans capacité de contrôle ni de blocage. Cela est d'ailleurs rappelé par le préambule des directives<sup>52</sup>.

---

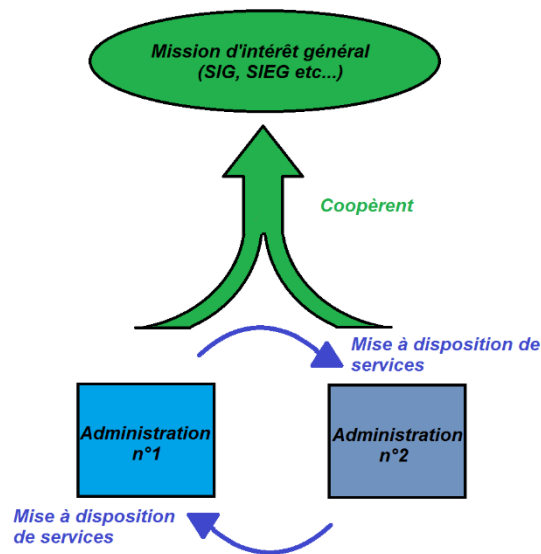
<sup>48</sup> Conclusions de Mme l'Avocat général V. Trestenjak, présentées le 23 mai 2012, dans l'affaire *Azienda Sanitaria Locale di Lecce c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e. a.* C-159/11 ; pts 76 à 80 ; CJCE, 8 mai 2014, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH c/ Technische Universität Hamburg-Harburg*, Aff. C - 15/13 ; pts. 30 à 35.

<sup>49</sup> CJUE, 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce c/ Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e. a.* C-159/11 ; pts. 35, 37 et 38 ; CJUE, 13 juin 2013, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG c/ Stadt Düren et Kreis Düren* ; Aff. C-386/11 ; pts. 39 et 40 ;

<sup>50</sup> CJCE, 9 juin 2009, *Commission contre Allemagne*, C-480/06, Rec. p. I-04747, pt. 44.

<sup>51</sup> Conclusions de M. L'Avocat général P. Mengozzi, présentées le 23 janvier 2014, dans l'affaire *Datenlotsen Informationssysteme GmbH c/ Technische Universität Hamburg-Harburg*, Aff. C - 15/13 ; pt. 50.

<sup>52</sup> Directive 2014/24/UE précitée ; Préambule, considérant (32) ; paragraphe 3.



**Figure 8 : La coopération horizontale** – Ici, pas de contrôle analogue : les deux administrations dont il est question sont placées hiérarchiquement sur un pied d'égalité, l'une mettant à la disposition de l'autre certains de ses services, afin de mieux accomplir une mission d'intérêt général qui est commune. L'exigence d'un contrôle analogue est absente.

### 2.1.2. L'attribution strictement non-contractuelles de missions à un service instrumental

Aux hypothèses de coopération verticale et horizontale entre entités appartenant au secteur public, que consacrent les directives de 2014, il convient d'ajouter d'autres sources d'exception, d'origine purement prétorienne.

Il en va ainsi de l'hypothèse d'un *service instrumentale* apparue, dans l'affaire dite « des courriers »<sup>53</sup>. En effet, la Cour de justice a pu considérer qu'il convenait de faire exception aux obligations de publicité et de mise en concurrence, en dépit du fait que l'attributaire exerçait une part importante de son activité en tant qu'opérateur banalisé sur le marché concurrentiel, et ne satisfaisant pas, en cela, le critère consistant à consacrer plus de 80% de son activité aux prestations confiées par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de ses missions.

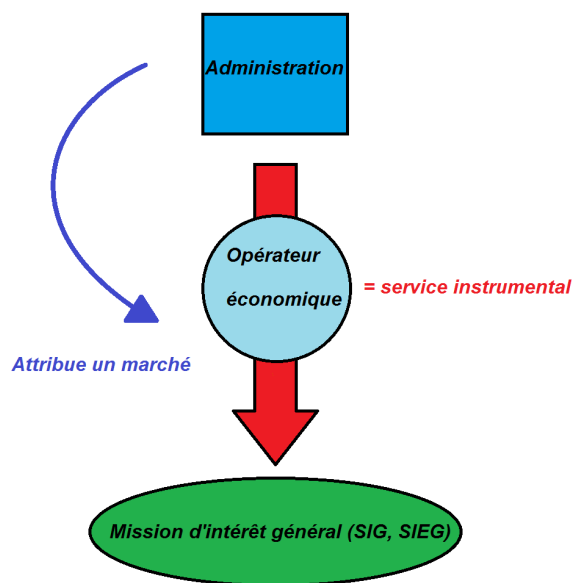
La cour de justice a considéré que l'activité de l'adjudicataire résultait d'obligations imposées par un acte administratif unilatéral. Il en résultait que cet adjudicataire était privé de toute autonomie contractuelle, d'où la possibilité de déroger à l'application du droit de la commande publique, en l'absence de contrat, cette catégorie conditionnant, par définition, l'application de ce droit.

<sup>53</sup> Ou « Correos » en espagnol : CJCE, 18 déc. 2007, *Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia c/ Administración General del Estado* ; aff. C-220/06 ; pt. 85 ; voir aussi CJCE, 19 avril 2007, *Asociación Nacional de Empresas Forestales (Asemfo) c/ Transformación Agraria SA (Tragsa) et Administración del Estado* ; Aff. C-295/05 ; I - 3034 ; pt. 60.

La Cour de justice s'est, en particulier, fondée sur le fait que l'entité instrumentale n'avait aucune capacité de participer à la détermination des tarifs de ses prestations, ceux-ci étant déterminés unilatéralement.

Bien que cette possibilité n'ait pas été expressément mentionnée dans les directives de 2014, ni, par conséquent, dans le code de la commande publique, il faut noter que le préambule de la directive 2014/24/UE s'y réfère<sup>54</sup>. L'on trouve un raisonnement analogue dans la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>55</sup>.

Enfin, il convient de préciser, en outre, que, dans les affaires ayant donné lieu à cette exception, le service instrumental, bien que formellement distinct, du point de vue de la personnalité juridique, était entièrement détenu par des capitaux publics. Ainsi, l'on peut supposer qu'une telle exigence d'un capital entièrement public s'applique à cette hypothèse d'exception.



**Figure 9 : L'attribution strictement non-contractuelle de missions d'intérêt général** – Un opérateur économique intervient ponctuellement pour le compte d'une collectivité dans des conditions sensiblement différentes de celles de l'offre commerciale du marché; c'est ce caractère essentiellement unilatéral de la relation juridique entretenue avec l'administration qui justifie l'exception, et non pas l'absence d'opération économique

<sup>54</sup> « Il existe des cas où une entité juridique agit, en vertu des dispositions pertinentes du droit national, en tant qu'instrument ou service technique pour le compte de pouvoirs adjudicateurs donnés et est contrainte d'exécuter les instructions que ceux-ci lui donnent, sans avoir d'influence sur la rémunération de sa prestation. Compte tenu de son caractère non contractuel, cette relation purement administrative ne devrait pas relever du champ d'application des procédures de passation de marchés publics » ; Directive 2014/24/UE, précitée, préambule, considérant (34).

<sup>55</sup> CE, 3 mai 2004, *Fondation Assistance aux animaux*, n° 249832 ; considérant n°5

## **2.2. Les autres formes de coopérations non mentionnées dans les directives de 2014 sur la commande publique**

### **2.2.1. Le partenariat public-privé institutionnalisé**

En sus de l'hypothèse d'un service instrumental, l'on peut encore ajouter, à la nébuleuse des contrats passés entre entités appartenant au secteur public, une autre hypothèse ne figurant pas dans les directives de 2014, celle de ce que la Commission nomme le *partenariat public-privé institutionnalisé (PPPI)*. Cette configuration permet de dispenser le pouvoir adjudicateur des obligations de publicité et de mise en concurrence lorsqu'il attribue un marché à une personne morale à capital mixte, dont l'actionnaire privé a lui-même été choisi à la suite d'une procédure d'appel d'offres. La procédure de sélection de l'actionnaire privé fait ainsi en quelque sorte office d'adjudication. L'attribution du marché peut alors, elle-même, se faire sans publicité ni mise en concurrence.

Plusieurs documents de la Commission ont été consacrés à cette hypothèse, dont un livre vert de 2004, ainsi que plusieurs communications<sup>56</sup>, et celle-ci a encore fait l'objet d'une application jurisprudentielle par la Cour de justice dans son arrêt *Acoset*, de 2009<sup>57</sup>. En droit interne, ce type de montage est, en outre, encadré par le statut de la société d'économie mixte à opérateur unique (SEMOP)<sup>58</sup>.

Un tel montage contractuel présuppose toutefois la satisfaction de critères juridiques.

Ainsi, l'actionnaire privé doit avoir, lui-même, été choisi sur le fondement d'une procédure de sélection satisfaisant les conditions de publicité et de mise en concurrence requises par le droit de la commande publique, antérieure à la passation du marché. Il doit avoir démontré sa capacité à devenir actionnaire, ainsi que ses capacités techniques et financières<sup>59</sup>. Bien que ce point n'ait pas été explicitement tranché par la jurisprudence, il semble également que cet actionnaire puisse aussi bien être un actionnaire minoritaire que l'actionnaire majoritaire<sup>60</sup>.

Ensuite, l'actionnaire privé doit conserver le même objet social pendant tout le temps de l'exécution du marché<sup>61</sup>, sans avoir vocation, à plus forte raison, à ouvrir son capital à d'autres actionnaires privés en cours d'exécution.

---

<sup>56</sup> Commission de l'Union européenne, Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions ; COM(2004) 327 ; Comm. CE, 5 févr. 2008, Communication interprétative concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI), COM/2007/6661 final ; p. 2 ; Voir aussi la Communication de la Commission du 15 novembre 2005 au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des régions concernant les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions ; COM/2005/0569 final.

<sup>57</sup> CJCE, 15 octobre 2009, *Acoset SpA* ; aff. C-196/08 ; voir pts. 59, 60 et 61.

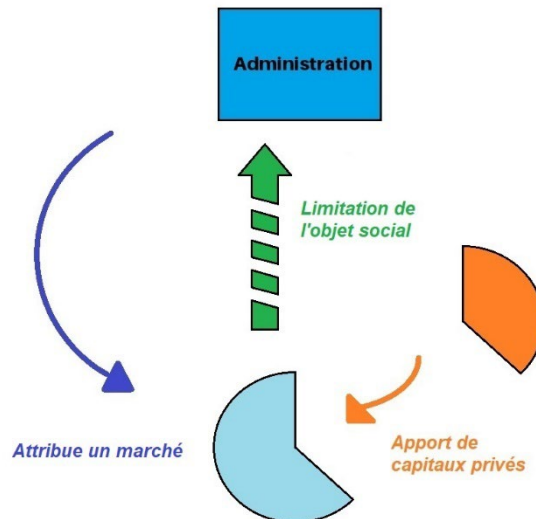
<sup>58</sup> Article L. 1541-1 du code général des collectivités territoriales.

<sup>59</sup> CJCE, arrêt *Acoset* précité ; pt. 59 ; article 15421-1 du code général des collectivités territoriales.

<sup>60</sup> Conclusions de l'Avocat général Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, présentées le 2 juin 2009 dans *l'affaire Acoset SpA contre Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa*. ; Affaire C-196/08 ; pt. 95.

<sup>61</sup> Arrêt *Acoset*, précité, pt. 62.

Outre ces deux conditions, l'hypothèse du partenariat public-privé institutionnalisé ne requiert pas l'existence d'un contrôle analogue de l'administration sur le prestataire, ni la satisfaction, par ce dernier, d'une condition d'activité dédiée à plus de 80% à la satisfaction des missions attribuées dans le cadre de l'exécution du marché.



**Figure 10 : Le partenariat public-privé institutionnalisé** - L'actionnaire privé est choisi à l'issue d'une procédure de mise en concurrence

### 2.2.2. Hypothèse d'un prestataire qui n'a pas la qualité d'opérateur économique

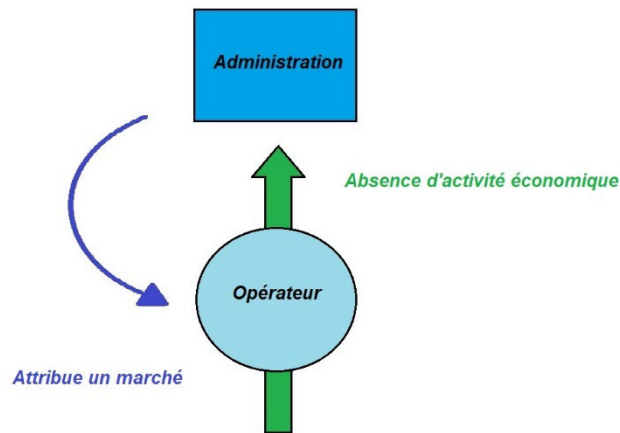
Comme on l'a vu, le droit de la commande publique, ainsi que les directives de 2014 définissent les marchés publics et les concessions comme des contrats conclus à titre onéreux entre des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques. Il en résulte que, d'un point de vue purement théorique, un attributaire qui dérogerait à la qualification d'*opérateur économique*, au sens de ces directives échapperait au champ d'application du droit de la commande publique et, partant, aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Bien qu'envisagée par le Conseil d'Etat<sup>62</sup>, une telle possibilité n'a jamais été expressément consacrée par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>63</sup>. Aussi, convient-il d'être particulièrement prudent quant à sa mise en œuvre, d'autant plus que la Cour de justice procède à une interprétation assez large de la notion d'*opérateur économique* - à l'instar de

<sup>62</sup> Conseil d'Etat, Assemblée générale, 23 octobre 2003, avis n° 369.315, *Fondation Jean Moulin* ; Questions 1.1. ; CE, 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence*, précité ; considérant n°4 ; CE, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac* ; précité ; considérant n°6 ; CE, 28 mai 2010, *Sté Enfanceconfiance*, n° 328731.

<sup>63</sup> CJCE, 18 janv. 2007, *J. Auroux c/ Commune de Roanne* ; aff. C-220/05 ; Rec. I, p. 385, BJCP 2007, n° 52.

celle d'*entreprise*, au sens de l'article 107§1 du TFUE<sup>64</sup> -- appliquant notamment cette qualification à des opérateurs ne poursuivant pas de finalités lucratives<sup>65</sup>.



**Figure 11 : Entité échappant à la qualification d'opérateur économique** – Ici l'opérateur ne pratique aucune intervention sur un marché concurrentiel. Il dédie totalement son activité à l'administration.

<sup>64</sup> CJCE, 23 avril 1991; *Klaus Höfner et Fritz Elser, et Macrotron GmbH*; C-41/90; pt. 20; Par activité économique, il faut entendre : « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné »; CJCE, 16 juin 1987 dans l'affaire 118/85, *Commission/Italie* (Recueil 1987, p. 2599, point 7); Arrêt du 18 juin 1998 dans l'affaire C-35/96, *Commission/Italie* (Recueil 1998, p. I-3851, point 36); affaires jointes C-180/98 à C-184/98, *Pavlov e.a.*, point 75

<sup>65</sup> CJUE, 23 décembre 2009, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa)*; C-305/08; pts. 35 et 43; CJUE, 19 juin 2014, *Centro Hospitalar de Setúbal, EPE Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH) c/ Eurest Portugal – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda*; Aff. C – 574/12; pt. 35.