

Droit européen des marchés publics, quasi-régies et coopérations entre pouvoirs publics : l'apport des nouvelles directives

EMMANUEL SLAUTSKY

*Aspirant auprès du Fonds de la Recherche Scientifique – FNRS
Centre de droit public de l'Université libre de Bruxelles*

NEIL BRAECKEVELT

*Avocat au Barreau de Bruges
Crivits & Persyn*

I. Introduction

1. L'objectif du droit européen des marchés publics est, avant tout, dans une perspective de réalisation du marché intérieur européen, d'œuvrer à la suppression des obstacles au commerce entre les États membres⁽¹⁾. À ce jour encore, outre les dispositions pertinentes du Traité sur l'Union européenne (ci-après le « TUE ») et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après le « TFUE »), la matière des marchés publics est réglée au niveau européen principalement par deux directives ayant pour objet la « coordination » des procédures de passation des marchés publics⁽²⁾.

Ces deux directives sont (i) la 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 (ci-après la « directive 2004/18/CE ») et (ii) la 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 (ci-après la « directive 2004/17/CE »). La première directive constitue le « droit commun » de la commande publique. Elle est applicable aux marchés publics passés dans les secteurs dits « classiques ». La deuxième directive a une portée sectorielle, puisqu'elle s'applique uniquement aux marchés de fournitures, de travaux ou de services d'entités adjudicatrices actives dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (ci-après les « secteurs spéciaux »), et uniquement lorsque celles-ci agissent dans ces secteurs⁽³⁾. Ces deux directives sont, cependant, en voie d'être remplacées par de nouveaux instruments.

2. La Commission européenne a, en effet, depuis plusieurs années, entrepris une réforme des directives 2004/17/CE et 2004/18/CE, qui ont été adoptées il y a près de 10 ans. Entretemps, le contexte économique, politique et social a évolué et, depuis 2004, la matière a également fait l'objet de développements jurisprudentiels considérables, en ce compris sur le plan des principes généraux. Ces développements méritaient, pour plus de sécurité juridique, de faire l'objet d'un ancrage

(1) S. ARROWSMITH, « The Purpose of the EU Procurement Directives : Ends, Means, and the Implications for National Regulatory Space for Commercial and Horizontal Procurement Policies », *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011 – 2012*, pp. 34 à 40 ; K. WAUTERS, « Overheidsopdrachten », in *Gemeentelijke verzelfstandiging en intergemeentelijke samenwerking*, sous la direction de J. Dujardin et W. Somers, Bruges, Die Keure, 2013, p. 223.

(2) Il existe, en outre, une directive spécifique pour les marchés publics passés dans les domaines de la défense et de la sécurité (directive 2009/81/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité), ainsi que des directives qui règlent les procédures de recours (directive 89/665/CE du Conseil du 21 décembre 1989 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux et directive 92/13/CE du Conseil du 25 février 1992 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications).

(3) Article 20 de la directive 2004/17/CE.

législatif⁽⁴⁾. À cette fin, la Commission européenne a déposé, au mois de décembre 2011, trois propositions de directive.

3. Le premier texte déposé par la Commission est la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil 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⁽⁵⁾ (ci-après la « proposition de directive "secteurs spéciaux" »). Cette directive doit remplacer la directive 2004/17/CE.

Le deuxième texte est la proposition de directive du Parlement et du Conseil sur la passation des marchés publics⁽⁶⁾ (ci-après la « proposition de directive générale »), qui doit remplacer la directive 2004/18/CE.

Le troisième texte est une proposition de directive du Parlement et du Conseil sur l'attribution de contrats de concession⁽⁷⁾ (ci-après la « proposition de directive "concessions" »), qui doit être la première directive s'appliquant de façon spécifique à l'attribution de contrats de concession de services. Cette attribution doit en effet, à ce jour, en principe⁽⁸⁾ uniquement se faire dans le respect des règles fondamentales du traité et, notamment, dans le respect des principes de transparence et de non-discrimination⁽⁹⁾.

4. Les trois propositions de la Commission ont été approuvées par le Parlement européen et le Conseil respectivement le 15 janvier 2014 et le 11 février 2014, conformément à la procédure législative ordinaire réglée par l'article 294 TFUE.

La 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⁽¹⁰⁾ (ci-après « la nouvelle directive générale »), la 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⁽¹¹⁾ (ci-après « la nouvelle directive "secteurs spéciaux" ») et la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession⁽¹²⁾ (ci-après « la nouvelle directive "concessions" ») (ci-après, désignées ensemble comme « les nouvelles directives ») entrent en vigueur le 17 avril 2014 et doivent, pour la plupart de leurs dispositions, être transposées avant le 18 avril 2016⁽¹³⁾.

5. De manière générale, l'adoption de ces trois nouvelles directives doit, selon la Commission européenne, accroître l'efficacité de la dépense publique, faire en sorte que les procédures de passation de marchés produisent le meilleur résultat possible en termes de rapport coût-avantages et permettre aux acheteurs de mieux utiliser l'instrument de la passation de marchés au soutien d'objectifs sociétaux communs⁽¹⁴⁾.

6. Une des innovations importantes des nouvelles directives tient à l'attention qui est, pour la première fois, portée de façon détaillée au sort des contrats conclus entre personnes publiques⁽¹⁵⁾.

(4) Pour plus de détails sur ces évolutions, voy. E. VAN DEN ABELE, « La réforme des directives de l'Union européenne relatives aux marchés publics : une occasion manquée ? », *MCP-OoO*, 2013, pp. 19 à 27.

(5) 20 décembre 2011, COM(2011) 895 final.

(6) 20 décembre 2011, COM(2011) 896 final.

(7) 20 décembre 2011, COM(2011) 897 final.

(8) Voy. néanmoins l'article 5 du règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (CEE) n° 1191/69 et (CEE) n° 1107/70.

(9) C.J., 7 décembre 2000, C-324/98, *Telaustria*, points 60 à 62 ; C.J., 13 octobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, points 46 à 49 (dans ce dernier arrêt, la Cour considère également que l'interdiction de la discrimination est « une expression spécifique du principe général d'égalité de traitement »). Voy. également Commission européenne, *Communication interprétative sur les concessions en droit communautaire*, 12 avril 2000. La directive 2004/18/CE contient des dispositions relatives aux procédures de passation des concessions de travaux publics en dehors des secteurs spéciaux. Dans les secteurs spéciaux, en revanche, ni les concessions de travaux publics, ni les concessions de services ne tombent dans le champ d'application des directives (voy. l'article 18 de la directive 2004/17/CE).

(10) *J.O.*, 28 mars 2014.

(11) *J.O.*, 28 mars 2014.

(12) *J.O.*, 28 mars 2014.

(13) Articles 90 et 93 de la nouvelle directive générale ; articles 106 et 109 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » ; articles 51 et 54 de la nouvelle directive « concessions ».

(14) Exposé des motifs précédant la proposition de directive générale, p. 2 ; exposé des motifs précédant la proposition de directive « secteurs spéciaux », pp. 2 et 3.

(15) Dans son *Livre vert sur la modernisation des marchés publics*, la Commission européenne indiquait d'ailleurs déjà ce qui suit :

« Un autre sujet de controverse, depuis déjà quelques décennies, est la question de savoir si les contrats entre pouvoirs publics doivent être soumis aux règles sur les marchés publics, et dans quelle mesure.

L'objet de la présente contribution est de faire le point sur l'application du droit européen des marchés publics et des concessions aux contrats conclus entre pouvoirs publics et d'examiner, plus particulièrement, l'apport des nouvelles directives à cet égard⁽¹⁶⁾.

À cette fin, dans un premier temps, nous rappellerons que la Cour de Justice (ci-après également « la Cour ») considère que l'application du droit des marchés publics n'est pas écartée par la seule circonstance qu'un contrat est conclu entre deux personnes publiques et, plus particulièrement, entre deux pouvoirs adjudicateurs (II). Nous examinerons ensuite certaines exceptions à cette application de principe, en distinguant selon le fondement de chacune d'entre elles. Seront plus spécifiquement abordés le cas des prestations en régie ou en quasi-régie (ou « *in house* ») (III), celui des coopérations institutionnalisées et non-institutionnalisées entre pouvoirs adjudicateurs (IV) ainsi que, de façon moins détaillée, celui des entreprises liées et coentreprises actives dans les secteurs spéciaux (V). Nous concluons enfin (VI).

Nous n'aborderons en revanche, dans cette contribution, ni la question spécifique des marchés publics conjoints et des centrales d'achat, ni celles des marchés publics de services conclus avec un pouvoir adjudicateur disposant d'un droit exclusif, ni le cas des marchés attribués par un concessionnaire de travaux publics qui n'est pas un pouvoir adjudicateur à une entreprise liée. La notion de

transfert de compétence, elle aussi étrangère à la notion de marché public, ne fera pas non plus l'objet de notre propos.

II. L'applicabilité du droit des marchés publics aux contrats conclus entre personnes publiques : un principe confirmé

7. La question de l'applicabilité du droit des marchés publics aux contrats conclus entre personnes publiques est une question sensible, tant en droit européen que dans les droits nationaux. Pour rappel, pour qu'il y ait marché public, il faut (i) qu'un pouvoir adjudicateur conclue (ii) avec un opérateur économique⁽¹⁷⁾ (iii) un contrat écrit à titre onéreux (iv) ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services⁽¹⁸⁾. Au regard de cette définition, la Cour considère que les opérateurs publics peuvent, à l'instar des opérateurs privés, participer aux marchés passés par un pouvoir adjudicateur⁽¹⁹⁾. Néanmoins, cette possibilité n'a pas pour corollaire l'inapplicabilité des procédures d'attribution des marchés publics prévues par le droit dérivé⁽²⁰⁾.

8. Les nouvelles directives ne sont de nature à ébranler la jurisprudence de la Cour sur aucun de ces points. L'article 2-1-10, de la nouvelle directive générale⁽²¹⁾ définit, ainsi, à nouveau⁽²²⁾ l'opérateur économique comme étant :

Le principe de concurrence loyale et ouverte empêche d'exclure automatiquement ces contrats du champ d'application des directives sur les marchés publics. Il est cependant vrai que l'application de ces dispositions ne se justifie pas pour certaines formes de coopération entre pouvoirs publics, que la Cour ne considère donc pas comme des marchés publics.

Il y a essentiellement lieu de distinguer entre, d'une part, les accords conclus entre des pouvoirs adjudicateurs pour l'exercice de missions selon le principe de libre administration et, d'autre part, les marchés qui devraient bénéficier d'une concurrence ouverte entre opérateurs économiques [...] ».

(16) Nous n'examinerons pas comment cette question se présente en droit belge, même si nous ferons à l'occasion référence à des décisions de juridictions belges ayant fait application des dispositions de droit européen pertinentes. Il n'en reste naturellement pas moins que le droit belge des marchés publics doit respecter le droit dérivé des marchés publics et des concessions et que les nouvelles directives européennes devront être transposées en droit belge dans les délais prévus.

(17) L'article 1.8 de la directive 2004/18/CE précise que : « Le terme "opérateur économique" couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte ».

(18) Article 1.2, a) de la directive 2004/18/CE. L'article 1.2, a) de la directive 2004/17/CE contient une définition similaire, si ce n'est qu'elle définit son champ d'application *ratione personae* par rapport à la notion d'entité adjudicatrice, plutôt que par rapport à celle, moins large, de pouvoir adjudicateur. Outre les pouvoirs adjudicateurs actifs dans les secteurs spéciaux, sont des entités adjudicatrices les entreprises publiques qui exercent une activité dans les secteurs spéciaux et les entités qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, une activité dans les secteurs spéciaux, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre. En ce qui concerne les nouvelles directives, voy. l'article 2-1-5, de la nouvelle directive générale et l'article 2,1), de la nouvelle directive « secteurs spéciaux ». Voy. également l'article 5,1), de la nouvelle directive « concessions ».

(19) C.J., 7 décembre 2000, C-94/99, *Arge*, point 25 ; C.J., 23 décembre 2009, C-305/08, *CoNISMa*, point 40.

(20) C.J., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, point 51. Voy. également, par exemple, C.J., 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, point 47 ; C.J., 13 janvier 2005, C-84/03, *Commission c. Espagne*, point 40.

(21) Voy. également l'article 2, 6), de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » et l'article 5, 2), de la nouvelle directive « concessions ».

(22) Voy. l'article 1.7 de la directive 2004/17/CE et l'article 1.8 de la directive 2004/18/CE.

« toute personne physique ou morale *ou entité publique*, ou tout groupement de ces personnes et/ou entités, y compris toute association temporaire d'entreprises, qui offre la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services sur le marché » (nous mettons en évidence).

Le considérant 31 de la nouvelle directive générale⁽²³⁾ rappelle pour sa part, notamment, que « la seule circonstance que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles relatives à la passation des marchés publics ».

9. L'application du droit dérivé des marchés publics aux contrats conclus entre pouvoirs adjudicateurs se fait cependant sans préjudice, notamment, de la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de prendre directement en charge des prestations en régie ou en quasi-régie ou de collaborer entre eux, de manière institutionnalisée ou non.

III. Prestations en régie ou en quasi-régie

A. LES PRESTATIONS EN RÉGIE

10. Le droit primaire européen du marché intérieur ne s'oppose pas à ce que l'État, les collectivités territoriales et, plus largement, dans le contexte du droit des marchés publics, les pouvoirs adjudicateurs, accomplissent leurs tâches par leurs propres moyens, administratifs, techniques et autres, sans être obligés de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à leurs services⁽²⁴⁾. La liberté des États de ce point de vue aurait même été renforcée depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne⁽²⁵⁾.

11. Le droit dérivé des marchés publics ne remet pas cette liberté en cause, *a fortiori* dans la mesure où l'existence d'un marché suppose l'existence d'un contrat entre deux personnes formellement distinctes⁽²⁶⁾. Les nouvelles directives confirment d'ailleurs expressément la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de prendre en charge certaines prestations en régie, s'ils l'estiment opportun⁽²⁷⁾.

B. LES PRESTATIONS EN QUASI-RÉGIE

1. La jurisprudence Teckal

12. Dans l'arrêt *Teckal*, la Cour assimile à la situation du pouvoir adjudicateur qui accomplit ses missions en recourant à ses propres moyens le cas des marchés passés par un pouvoir adjudicateur avec une entité se trouvant en situation de quasi-régie⁽²⁸⁾. Cette exception est également applicable en dehors du champ d'application du droit dérivé des marchés publics et, plus particulièrement, lorsque doivent être appliqués, en l'absence même de contrat, les règles fondamentales du traité⁽²⁹⁾. Elle trouve son fondement dans le fait que, en dépit d'une séparation formelle entre deux ou plusieurs personnes juridiques, le ou les pouvoirs adjudicateurs et l'entité prestataire, celles-ci ne sont pas substantiellement distinctes, en l'absence de volonté autonome dans le chef de l'entité prestataire⁽³⁰⁾. En conséquence, les rapports entre ces personnes doivent normalement être envisagés comme des questions d'organisation interne, relevant de la liberté d'organisation d'une entité publique matériellement unique⁽³¹⁾.

13. Selon la Cour, les conditions suivantes doivent être réunies pour qu'il puisse être question d'une situation de quasi-régie. Il faut (i) un contrôle du pouvoir adjudicateur sur l'entité prestataire ana-

(23) Voy. également le considérant 38 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » et le considérant 45 de la nouvelle directive « concessions ».

(24) M.-A. FLAMME, *Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics*, 6^e éd., Bruxelles, Confédération nationale de la construction, 1996, vol. 1A, p. 126, note 99. Voy. également P. FLAMME et M.-A. FLAMME, « Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation (Directive 92/50 du 18 juin 1992) », *R.M.C.*, 1993, pp. 157 à 158.

(25) E. MANUNZA et W.J. BERENDS, « Social Services of General Interest and the EU Public Procurement Rules », in *Social Services of General Interest in the EU*, sous la direction de U. Neergaard, E. Zysczak, J. Willem van de Gronden et M. Krajewski, La Haye, T-MC Asser Press, 2013, pp. 351 et 352.

(26) C.J., 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, point 48.

(27) Article 1.4 de la nouvelle directive générale ; article 1.4 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » ; article 2.1 de la nouvelle directive « concessions ».

(28) C.J., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, point 50.

(29) Voy. C.E., avis n° 45.966/4 du 25 février 2009 sur un avant-projet de décret modifiant le décret du 10 mars 1994 relatif à la création de la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures, *Doc.*, Parl. w., 2008-2009, n° 954/1, p. 11. Voy. également C.E., avis n° 42.982/4 du 25 juin 2007 sur un avant-projet d'ordonnance portant organisation des transports publics desservant des lieux d'intérêt touristique dans la Région de Bruxelles-Capitale, *Doc.*, Parl. Rég. Brux.-Cap., 2007-2008, n° A-444/1, pp. 17 à 21.

(30) Voy. les conclusions de l'av. gén. MENGOZZI du 23 janvier 2014 dans l'affaire C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, point 41.

(31) Voy. en ce sens Commission européenne, *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 »)*,

logue à celui qu'il exerce sur ses propres services (ci-après aussi le « contrôle analogue ») et (ii) que l'entité prestataire réalise l'essentiel de ses activités pour le pouvoir adjudicateur concerné (ci-après aussi le « critère de l'activité »)⁽³²⁾. Ces deux conditions sont cumulatives et d'interprétation restrictive, selon la Cour⁽³³⁾. Énoncées par la jurisprudence, elles vont, pour la première fois, dans les nouvelles directives, faire l'objet d'une attention spécifique en droit européen dérivé.

2. La consolidation du régime juridique des prestations en quasi-régie

(a) Présentation

14. La nouvelle directive générale contient une disposition spécifique relative au régime des contrats conclus entre des personnes qui se trouvent en situation de quasi-régie. En ce qui concerne ces contrats, l'article 12 de la nouvelle directive prévoit en effet que :

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

- a) le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;
- b) plus de 80% des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ; et
- c) la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une

influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, au sens du premier alinéa, point a), s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur.

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

[...]

5. Le pourcentage d'activités visé au paragraphe 1, premier alinéa, point b), au paragraphe 3, premier alinéa, point b), et au paragraphe 4, point c), est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché.

Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus perti-

4 octobre 2011, SEC (2011) 1169 final (traduction française non officielle) (ci-après le « Document de travail relatif aux coopérations public-public »), p. 7. Comp. L. RICHER, *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*, Paris, L.G.D.J., 2009, pp. 113 à 115 ; R. CAVALLA PERIN et D. CASALINI, « Control over In-house Providing Organisations », *P.P.L.R.*, 2009, p. 231. Selon ces derniers auteurs, l'élément décisif est que, dans une situation de quasi-régie, le pouvoir adjudicateur ne fait pas appel au marché pour satisfaire ses besoins. Cette absence d'appel au marché peut cependant, toujours selon ces auteurs, être déduite de l'absence de volonté distincte de l'entité prestataire par rapport au pouvoir adjudicateur. Dès lors, le fondement spécifique de l'exception de quasi-régie peut, une fois que la liberté des pouvoirs publics de prendre en charge des prestations en régie est reconnue, bel et bien être trouvé dans la liberté d'organisation des pouvoirs publics.

(32) C.J., 18 novembre 1999, C-107/98, *Teckal*, point 50.

(33) C.J., 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, point 46.

ment, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités ».

Une disposition similaire est reprise dans la nouvelle directive « secteurs spéciaux », à l'article 28, et dans la nouvelle directive « concessions », à l'article 17.

15. Ces dispositions des nouvelles directives reprennent dans une large mesure les principes et la logique de la jurisprudence développée par la Cour en ce qui concerne les prestations en quasi-régie. Les conditions fixées pour que l'exception de quasi-régie puisse être invoquée ont néanmoins été, sur plusieurs points, assouplies. Ces assouplissements répondent en partie à certaines des critiques précédemment adressées, notamment par certains auteurs, à la jurisprudence de la Cour et aux propositions de directives de la Commission⁽³⁴⁾.

Nous examinons ci-après les différentes conditions d'applications de l'exception de quasi-régie prévues par les nouvelles directives, en les mettant en regard de la jurisprudence actuelle de la Cour. Est également analysée de façon spécifique la question des relations ascendantes et horizontales entre l'entité prestataire, le pouvoir adjudicateur et d'éventuelles filiales de ce dernier.

(b) L'exigence d'un contrôle analogue

b.1. La notion de contrôle analogue

16. Comme précédemment indiqué, les nouvelles directives consacrent l'exigence d'un contrôle analogue posée par la Cour pour qu'il puisse être question d'une situation de quasi-régie. Elles reprennent en outre la définition générale de cette notion selon laquelle il existe un contrôle analogue lorsque l'entité prestataire est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que

sur les décisions importantes de l'entité prestataire⁽³⁵⁾. Outre la question des participations privées, sur laquelle nous reviendrons, la seule précision notable apportée par les nouvelles directives consiste à établir, de façon expresse, qu'un contrôle peut être analogue tout en étant médiatisé, ce qui constitue un assouplissement de la jurisprudence de la Cour⁽³⁶⁾.

17. Pour le reste, en l'absence de précisions législatives en sens contraire, les critères dégagés par la Cour pour évaluer l'existence d'un contrôle analogue ne devraient pas être substantiellement modifiés à l'occasion de l'application des nouvelles directives. À cet égard, on se rappellera tout d'abord que, dans la jurisprudence de la Cour, l'intensité du contrôle exercé sur l'entité prestataire doit être appréciée de façon globale, par rapport à l'ensemble de sa gestion et de ses structures, et non eu égard à son comportement particulier dans une procédure de passation d'un marché déterminé. Il suffit que ce contrôle soit susceptible de s'exercer, quelle que soit la façon selon laquelle, en fait, il serait exercé⁽³⁷⁾.

On se rappellera, ensuite, que dans son appréciation de l'existence d'un contrôle analogue, la Cour prend en compte plusieurs facteurs⁽³⁸⁾. La détention du capital de l'entité en cause⁽³⁹⁾, la composition de ses organes de gestion⁽⁴⁰⁾, l'étendue des pouvoirs de son conseil d'administration⁽⁴¹⁾ et la vocation de marché de l'entité contrôlée⁽⁴²⁾ sont, ainsi, des circonstances pertinentes.

En outre, si le contrôle ne doit pas nécessairement s'exercer par le biais de dispositifs spécifiques de droit public, la Cour est réticente à admettre l'existence d'un contrôle analogue lorsque l'entité prestataire revêt la forme d'une société commerciale, particulièrement lorsque le pouvoir adjudicateur n'exerce son contrôle que par l'intermédiaire des mécanismes prévus à titre supplétif par le droit commun des sociétés⁽⁴³⁾.

(34) Voy. notamment E. VAN DEN ABEELE, *op. cit.*, pp. 32 et 33.

(35) C.J., 13 octobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, point 65 ; C.J., 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, point 28 ; C.J., 29 novembre 2012, C-182/11, *Econord*, point 27.

(36) Comp. C.J., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, point 39.

(37) C.J., 17 juillet 2008, C-371/05, *Commission c. Italie*, point 26.

(38) Pour une liste de cas dans lesquels l'exception de quasi-régie a été acceptée, voy. A.L. DURVIAUX et T. DELVAUX, « La relation "in house" en droit européen : état de la question », *Chronique des marchés publics 2011-2012*, Bruxelles, EBP, 2012, pp. 743 à 748.

(39) Voy. par exemple C.J., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, point 37.

(40) Voy. par exemple C.J., 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, point 34.

(41) Voy. par exemple C.J., 13 octobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, points 68 et 70 ; C.J., 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, point 29.

(42) C.J., 10 septembre 2009, C-573/07, *Sea Srl*, point 73.

(43) C.J., 13 octobre 2005, C-458/03, *Parking Brixen*, points 69 à 70 et les conclusions de l'av. gén. KOKOTT précédant cet arrêt, au point 52.

b.2. L'absence de capitaux privés

18. À l'heure actuelle, de jurisprudence constante, seuls des pouvoirs adjudicateurs, agissant en vue d'objectifs d'intérêt public⁽⁴⁴⁾, peuvent, pour qu'il y ait quasi-régie, être actionnaires de l'entité prestataire^{(45)/(46)}. Il s'agit ainsi, notamment, d'éviter d'offrir à une entreprise privée présente dans le capital de l'entité sous contrôle un avantage par rapport à ses concurrents⁽⁴⁷⁾. Des principes similaires doivent s'appliquer en ce qui concerne le contrôle des personnes morales dépourvues de capital⁽⁴⁸⁾.

19. Les nouvelles directives viennent, néanmoins, tempérer cette jurisprudence de la Cour, de deux points de vue :

- premièrement, les nouvelles directives réduisent cette interdiction de principe de participations privées aux cas de participations en capital dans l'entité contrôlée. La portée de l'interdiction de toute participation privée dans l'entité prestataire est donc, notamment, ainsi réduite aux cas dans lesquels celle-ci est une société de capital ;
- deuxièmement, les nouvelles directives prévoient que même une participation privée en capital pourrait être admissible dans une situation de quasi-régie, pour autant (i) qu'elle n'entraîne pas de capacité de contrôle ou de pouvoir de blocage, (ii) qu'elle soit requise par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, et (iii) qu'elle ne permette pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. Sont notamment ainsi visées les participations dans des organismes publics à adhésion

obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics⁽⁴⁹⁾.

20. Pour le reste, il devrait encore être possible de se référer à la jurisprudence actuelle de la Cour et, plus particulièrement, aux éléments suivants.

Tout d'abord, vérifier l'absence de capitaux privés dans l'entité prestataire suppose uniquement de vérifier si ses actionnaires ont bien tous la qualité de pouvoirs adjudicateurs. Il devrait, à cet égard, être indifférent que ces pouvoirs adjudicateurs aient une forme de droit public ou de droit privé, à l'instar de ce qui est le cas pour – entre autres – la plupart des écoles ou des hôpitaux privés⁽⁵⁰⁾. Telle est d'ailleurs la position adoptée, à l'heure actuelle, par le Conseil d'État belge⁽⁵¹⁾.

Ensuite, la seule possibilité pour des entités privées de participer au capital de l'entité prestataire ne suffit pas, en l'absence de participation effective de leur part au moment de l'attribution du marché public, pour conclure à l'absence de contrôle analogue du pouvoir adjudicateur sur l'entité concernée. Dans la jurisprudence de la Cour, des circonstances particulières, notamment lorsqu'il apparaît que l'ouverture du capital de l'entité concernée à des associés privés était envisagée, concrètement et à court terme, dès l'attribution du marché public, peuvent toutefois requérir la prise en compte d'une participation effective desdits associés intervenue ultérieurement à l'attribution en cause⁽⁵²⁾.

En outre, dans l'hypothèse où un marché a été attribué sans mise en concurrence à une société à capital public, le fait qu'ultérieurement des action-

(44) Voy. les conclusions de l'av. gén. STIX-HACKL précédant C.J., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, point 34.

(45) Voy. notamment C.J., 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, point 49 ; C.J., 8 avril 2008, C-337/05, *Commission c. Italie*, point 38. Cette jurisprudence est critiquée par une partie de la doctrine, au motif qu'elle aboutit à rendre plus difficile certaines formes de financement privé de projets publics, en l'absence même de tout contrôle du partenaire privé sur l'entité prestataire et, partant, dans des situations où l'unité de volontés entre le pouvoir adjudicateur et prestataire, qui caractérise l'existence d'une situation de quasi-régie, serait préservée. Voy. S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2^e éd., London, Sweet & Maxwell, 2005, p. 393 ; D. DÉOM, « Intercommunales, régies, filiales et *tutti quanti* : quelques échos de Luxembourg en matière de marchés publics », *R.D.C.*, 2005, p. 31 ; R. CAVALLO PERIN et D. CASALINI, *op. cit.*, p. 236. Ces derniers auteurs considèrent cependant que, dans le régime actuel, toute participation privée en capital n'est pas exclue par la jurisprudence de la Cour (pp. 236 et 239).

(46) À propos des cas de contrôle conjoint d'une entité prestataire, voy., *infra*, le titre consacré aux coopérations institutionnalisées entre pouvoirs adjudicateurs.

(47) C.J., 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, point 51.

(48) P. NIHOUL, « Décentralisation fonctionnelle et droit européen de la concurrence, des aides d'État et des marchés publics », in *Le paraétatisme : nouveaux regards sur la décentralisation fonctionnelle en Belgique et dans les institutions européennes*, sous la direction de P. Jadoul, B. Lombaert et F. Tulkens, Bruxelles, La Charte, 2010, p. 200.

(49) Considérant 32 de la nouvelle directive générale ; considérant 46 de la nouvelle directive « concessions ».

(50) Voy. notamment K. LEUS, N. BRAECKEVELT et F. ONGENA, « Wat we samen doen, doen we beter? De aankoop- en opdrachtcentrale en andere samenwerkingsvormen », *Chronique des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, EBP, 2011, pp. 659 à 688. On rappellera, à cet égard, que la forme d'une entité est indifférente du point de vue de sa qualification comme pouvoir adjudicateur (C.J., 13 janvier 2005, C-84/03, *Commission c. Espagne*, point 28).

(51) C.E., 27 novembre 2012, n° 221.540, *n.v. Cleanleasefortex*.

(52) C.J., 17 juillet 2008, C-371/05, *Commission c. Italie*, points 29 et 30 ; C.J., 10 septembre 2009, C-573/07, *Sea Srl*, point 50. Voy. également C.J., 10 novembre 2005, C-29/04, *Commission c. Autriche*, point 38.

naires privés sont admis à participer au capital de ladite société constitue un changement d'une condition fondamentale du marché, qui nécessite en principe une mise en concurrence du marché⁽⁵³⁾. À cet égard, la suppression, par les nouvelles directives, de l'article 11.5 de la proposition de directive générale (et des dispositions correspondantes des autres propositions de la Commission), disposition qui consacrait expressément cette jurisprudence de la Cour, ne nous semble pas, à supposer que tel fût son objectif implicite, de nature à énerver les principes qui précèdent, à défaut de précision explicite en ce sens.

Enfin, ainsi qu'il ressort, *a contrario*, de l'article 12.2 de la nouvelle directive générale, pour autant que les entités de contrôle aient toutes la qualité de pouvoirs adjudicateurs, il est admissible, dans une situation de quasi-régie, qu'elles bénéficient pour leur part de capitaux privés. Il ne semble, en d'autres termes, pas obligatoire de vérifier, notamment, la composition du capital des pouvoirs adjudicateurs actionnaires de l'entité prestataire, pour s'assurer qu'il ne pourrait être question, par ce biais, de participation privée indirecte. Cette analyse, expressément consacrée dans un considérant de la nouvelle directive générale⁽⁵⁴⁾, peut également s'appuyer sur le texte de l'article 12.1, c), qui interdit uniquement les participations privées directes en capital dans l'entité prestataire⁽⁵⁵⁾.

(c) Le critère de l'activité

21. Les nouvelles directives reprennent également le critère de l'activité pour qu'il puisse être question d'une situation de quasi-régie, selon lequel l'entité prestataire doit réaliser l'essentiel de ses activités avec le pouvoir adjudicateur qui la contrôle. L'introduction de ce critère vise à éviter d'éventuelles distorsions de concurrence sur le marché concurrentiel⁽⁵⁶⁾.

22. Dans sa jurisprudence actuelle, la Cour considère qu'il convient, dans l'appréciation de la satisfaction du critère de l'activité, de prendre en considération toutes les circonstances de l'espèce, tant qualitatives que quantitatives⁽⁵⁷⁾. Dans les nouvelles directives en revanche, c'est, à l'instar de ce qui est déjà prévu à l'article 23 de la directive 2004/17/CE, un seuil purement quantitatif qui est retenu en ce qui concerne le critère de l'activité. Il faut, en effet, qu'au moins 80 % des activités de l'entité prestataire soient exercées pour le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou pour d'autres personnes morales qu'il contrôle (c'est-à-dire des entités « sœurs »). Nonobstant sa rigidité intrinsèque⁽⁵⁸⁾, le choix d'un seuil purement quantitatif est de nature à créer davantage de sécurité juridique quant à l'appréciation de la satisfaction du critère de l'activité.

23. Il est utile de relever que le choix de ce seuil de 80 %, du point de vue du critère de l'activité, est le produit d'un amendement de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen aux propositions de la Commission. Celle-ci retenait en effet, pour sa part, un seuil de 90 %. Il s'agit, en outre, d'un assouplissement de la jurisprudence de la Cour, puisque dans l'état actuel de cette jurisprudence un seuil de 80 % ne paraît pas pouvoir être accepté⁽⁵⁹⁾. Dans l'arrêt *Carbotermo*, la Cour a en effet refusé de reprendre tel quel le seuil de 80 % prévu à l'article 23 de la directive 2004/17/CE dans les secteurs spéciaux⁽⁶⁰⁾.

24. Les nouvelles directives confirment le fait que le chiffre d'affaires déterminant est celui que l'entité prestataire réalise en vertu des décisions d'attribution prises par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle⁽⁶¹⁾. Même si elle n'est pas expressément consacrée, la jurisprudence *Carbotermo* de la Cour, selon laquelle doit aussi être pris en compte le chiffre d'affaire réalisé avec des utilisateurs en exécution de décisions du pouvoir adjudicateur (et

(53) C.J., 10 septembre 2009, C-573/07, *Sea Srl*, point 53. Voy. également, pour le cas où le partenaire privé a initialement été choisi après mise en concurrence, C.J., 15 octobre 2009, C-196/08, *Acoset*.

(54) Considérant 32 de la nouvelle directive générale. Voy. également le considérant 46 de la nouvelle directive « concessions ».

(55) La même analyse peut être faite en ce qui concerne la nouvelle directive « secteurs spéciaux » et la nouvelle directive « concessions ».

(56) C.J., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, point 60.

(57) C.J.U.E., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, point 64.

(58) Voy. à cet égard les conclusions de l'av. gén. STIX-HACKL précédant C.J., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, point 88.

(59) Même si la Cour n'a à ce jour pas donné de réponse chiffrée à la question de la part des activités du prestataire devant être réalisée pour le compte du pouvoir adjudicateur de contrôle. Voy. S. BAETEN, « Het arrest Asemfo: stappen vooruit inzake inbesteding. Note sous C.J., 19 avril 2007, C-295/05, *Asemfo* », *C.D.P.K.*, 2008, p. 215. Dans l'arrêt *Asemfo*, la Cour a toutefois considéré qu'une entité qui réalisait près de 90 % de ses activités avec les pouvoirs adjudicateurs la contrôlant réalisait l'essentiel de ses activités avec ceux-ci (C.J., 19 avril 2007, C-295/05, *Asemfo*, point 63).

(60) C.J., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, points 51 à 55.

(61) C.J., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, point 65.

selon laquelle il est indifférent de savoir qui rémunère l'entreprise concernée ou sur quel territoire les dites prestations sont fournies)⁽⁶²⁾, ne devrait pas être remise en cause.

25. Les nouvelles directives précisent, enfin, que les prestations effectuées au profit d'entités « sœurs » peuvent également être prises en compte pour apprécier la satisfaction du critère de l'activité. Il s'agit d'un assouplissement supplémentaire des conditions de recours à l'exception de quasi-régie⁽⁶³⁾.

26. En revanche, malgré la consolidation législative du critère de l'activité, certaines incertitudes subsistent. Ainsi, la question de savoir quelles sont, précisément, les activités de l'entité sous contrôle dont le chiffre d'affaire doit servir de point de référence n'est pas entièrement clarifiée. Subsistent plus particulièrement, de ce point de vue, des incertitudes quant à la question de savoir si le chiffre d'affaire de l'ensemble des activités de l'entité contrôlée doit être pris en compte pour évaluer le seuil pertinent, ou si c'est uniquement le chiffre d'affaire réalisé dans le cadre des activités pour lesquelles l'exception de quasi-régie est invoquée qui doit être examiné⁽⁶⁴⁾. D'un point de vue économique, il serait vraisemblablement plus logique de retenir cette dernière approche.

(d) *Le cas des relations ascendantes et horizontales*

27. Les nouvelles directives reconnaissent également, pour la première fois de façon expresse, la possibilité, dans une situation de quasi-régie, pour une entité contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur d'attribuer directement un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou à une de ses entités « sœur ». Cette solution est logique dans la mesure où les rapports qui se nouent dans une relation de quasi-régie, que ce soit entre l'entité contrôlée et le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou entre entités « sœurs », peuvent, en règle, être considérés, d'un

point de vue économique, comme des questions d'organisation interne. Elle n'est pourtant pas évidente à l'heure actuelle. Une lecture restrictive de la jurisprudence de la Cour – qui pourrait s'imposer eu égard au caractère d'exception de l'exception de quasi-régie⁽⁶⁵⁾ – tendrait en effet à indiquer que les conditions devant être réunies pour qu'il puisse être fait appel à l'exception de quasi-régie, notamment en termes de contrôle, ne pourraient par définition pas être remplies dans le cas de relations ascendantes ou entre entités « sœurs »⁽⁶⁶⁾.

28. Les nouvelles directives précisent également les conditions complémentaires devant être réunies dans le chef du pouvoir adjudicateur de contrôle ou l'entité « sœur » à qui le marché serait attribué, pour que l'exception de quasi-régie puisse être invoquée à leur profit. L'entité attributaire ne peut ainsi en principe, plus particulièrement, pas faire l'objet d'une participation privée en capital, à l'exception de participations (i) n'entraînant pas de capacité de contrôle ou de pouvoir de blocage, (ii) requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, et (iii) ne permettant pas d'exercer une influence décisive sur l'entité attributaire. En revanche, il ne semble pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur de contrôle ou l'entité « sœur » à qui le marché serait attribué réalise l'essentiel de ses activités à l'intérieur du groupe, contrairement à ce qui est en principe exigé dans le chef de l'entité prestataire dans le cas de relations « descendantes ». Le texte des directives n'est cependant pas tout à fait clair à cet égard⁽⁶⁷⁾.

29. Pour sa part en revanche, la question des relations « diagonales » dans une situation de quasi-régie n'est pas réglée expressément. Il s'agit de cas où, par exemple, un pouvoir adjudicateur voudrait attribuer directement un marché à la filiale d'une entité « sœur ». Dans un tel cas, il serait possible de considérer que le lien entre le pouvoir adjudicateur qui contrôle les deux entités « sœurs » et la filiale de l'une d'entre elles n'est pas suffisamment fort que

(62) C.J., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, points 65 à 67.

(63) Voy. aussi *infra*, n^{os} 27 et s.

(64) Cette question a son importance lorsque l'entité prestataire est active dans plusieurs secteurs d'activités.

(65) C.J., 11 janvier 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, point 46.

(66) Les services de la Commission ont néanmoins déjà admis que les relations ascendantes, entre entité prestataire et pouvoir adjudicateur de contrôle, pouvaient bénéficier de l'exception de quasi-régie. *Document de travail relatif aux coopérations public-public*, p. 13. En ce qui concerne les relations horizontales, voy. également la solution retenue en droit de la concurrence et, notamment, dans le contexte des accords horizontaux, dans les dernières lignes directrices de la Commission européenne relatives à l'article 101 TFUE. Commission européenne, *Lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 101 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux accords de coopération horizontale*, 14 janvier 2011, 2011/C 11/01, point 11. Voy. également les conclusions de l'av. gén. MENGOZZI du 23 janvier 2014 dans l'affaire C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, point 44.

(67) Voy. J. WIGGEN, « Public procurement law and public-public cooperation : Reduced flexibility but greater legal certainty ahead? The Commission's Staff Working Paper on the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive », *P.P.L.R.*, 2012, NA229.

pour qu'il puisse encore être question d'une situation de quasi-régie⁽⁶⁸⁾. Il nous semble néanmoins qu'un examen au cas par cas de l'intensité du contrôle mis en place doit être effectué, avant qu'il ne puisse être conclu dans l'un ou l'autre sens⁽⁶⁹⁾. Il en est d'autant plus ainsi que l'article 12.1, *in fine*, de la nouvelle directive générale prévoit, pour rappel, désormais expressément qu'un contrôle peut être analogue en étant médiatisé⁽⁷⁰⁾.

IV. Les coopérations institutionnalisées et non-institutionnalisées entre pouvoirs adjudicateurs

A. LES JURISPRUDENCES CODITEL ET COMMISSION C. ALLEMAGNE

30. Outre les arrangements (contractuels) internes à une entité matériellement unique examinés ci-dessus, la jurisprudence de la Cour soustrait également à l'application des règles sur les marchés publics les coopérations institutionnalisées (c'est-à-dire avec création d'une personne juridique distincte) et non-institutionnalisées entre pouvoirs adjudicateurs. La Cour s'est prononcée pour la première fois sans ambiguïté en ce sens dans, respectivement, les arrêts *Coditel*⁽⁷¹⁾ et *Commission c. Allemagne*⁽⁷²⁾. Ce faisant, la Cour cherche à préserver la possibilité pour des pouvoirs adjudicateurs de s'associer en vue d'accomplir leurs missions de service public, particulièrement

dans des cas où l'impact de cette collaboration sur le marché est réduit.

Certes, le cas des coopérations institutionnalisées est abordé, par la Cour, sur un fondement formellement distinct de celui des coopérations non-institutionnalisées. Les premières sont en effet appréciées sous l'angle des conditions relatives à l'existence d'une situation de quasi-régie, nonobstant le fait que l'entité prestataire dispose d'une volonté qui n'est généralement pas réductible à celle des différentes entités qui la détiennent⁽⁷³⁾, tandis que les secondes sont appréhendées sur la base d'un fondement autonome. Il est néanmoins possible de déceler, au-delà de ces différences formelles, un nombre suffisant d'éléments communs entre ces deux exceptions, notamment du point de vue de leur finalité, pour qu'il puisse être conclu à leur unité⁽⁷⁴⁾. Telle est d'ailleurs l'approche actuellement retenue dans les nouvelles directives.

B. LA CONSOLIDATION DU RÉGIME JURIDIQUE DES COOPÉRATIONS INSTITUTIONNALISÉES ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS

1. Présentation

31. L'article 12.3 de la nouvelle directive générale prévoit, en ce qui concerne les coopérations institutionnalisées, que :

« Un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public au sens du para-

(68) Voy. J. WIGGEN, *op. cit.*, NA229 et la référence à l'arrêt *Carbotermo* dans lequel la Cour de Justice a considéré que (point 39) : « [...] l'influence éventuelle de la commune de Busto Arsizio sur les décisions d'AGESP s'exerce par l'intermédiaire d'une société *holding*. L'intervention d'un tel intermédiaire peut, selon les circonstances du cas d'espèce, affaiblir le contrôle éventuellement exercé par le pouvoir adjudicateur sur une société par actions du simple fait de participer à son capital ».

(69) *Ibid.* Voy. également les conclusions de l'av. gén. STIX-HACKL précédant C.J., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, points 39 et 40.

(70) Voy. également l'article 28.1 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » et l'article 17.1 de la nouvelle directive « concessions ».

(71) C.J., 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, point 45. Voy. également C.J., 11 mai 2006, C-340/04, *Carbotermo*, point 37 et C.J., 19 avril 2007, C-295/05, *Asemfo*, point 57.

(72) C.J., 9 juin 2009, C-480/06, *Commission c. Allemagne*. Voy. également C.J., 19 décembre 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, point 34 ; C.J., 8 mai 2013, C-197/11, *Libert e.a.*, point 118 ; C.J., 16 mai 2013, C-564/11, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*, points 35 et 36 ; C.J., 13 juin 2013, C-386/11, *Piepenbrock*, points 36 et 37 ; C.J., 20 juin 2013, C-352/12, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri*, points 43 et 44.

(73) S. PLATON et S. MARTIN, « L'exception de coopération entre autorités publiques en droit européen de la commande publique », *A.J.D.A.*, 2012, p. 1142. Voy. également le terme de « fiction » utilisé à cet égard par B. SCHUTYSER et K. MICLOTTE, « Noot – De rechtspraak inzake in house-opdrachten : nog eens over verzelfstandigings- en samenwerkingen in de werking van het aanbestedingsrecht », *T. gem.*, 2013, p. 141. Voy. également E. GILLET et C. DUBOIS, « L'organisation des pouvoirs publics et la jurisprudence communautaire – Quelques échos récents relatifs à l'exception "in house" et à la coopération locale », *R.D.C.*, 2011, p. 15 ; T. BOMBOIS et C. DUBOIS, « Arrêt "Econord" : précisions sur l'exception "in house coopératif" en matière de marchés publics », *J.D.E.*, 2013, p. 54. Comp. R. CAVALLO PERIN et D. CASALINI, *op. cit.*, p. 237. Ces auteurs admettent la possibilité qu'en cas de contrôle conjoint, plusieurs entités exercent sur l'entité prestataire un contrôle analogue. Ils donnent notamment, comme exemple, le cas de la commune d'Uccle dans l'affaire *Coditel* (p. 238).

(74) S. PLATON et S. MARTIN, *op. cit.*, pp. 1142 et 1143. *Contra* R. CAVALLO PERIN et D. CASALINI, *op. cit.*, pp. 239 à 240. Ces auteurs considèrent que l'exception de coopération institutionnalisée s'inscrit dans la philosophie de l'exception de quasi-régie.

graphe 1 peut néanmoins attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

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

Aux fins du premier alinéa, point a), les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

- i) les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux ;
- ii) ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ; et
- iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ».

Une disposition similaire est reprise dans la nouvelle directive « secteurs spéciaux », à l'article 28.3 et dans la nouvelle directive « concessions », à l'article 17.3.

32. Les nouvelles directives consacrent la jurisprudence *Coditel* de la Cour selon laquelle, dans le cas où plusieurs pouvoirs adjudicateurs détiennent ensemble une entité prestataire, elles peuvent également bénéficier, dans leurs rapports avec cette

entité, d'une exception à l'obligation de respecter les règles sur les marchés publics. Nous examinons ci-après les différentes conditions prévues par la réforme du droit dérivé des marchés publics et des concessions pour qu'il puisse être fait appel à cette exception de coopération institutionnalisée, en les mettant en regard de la jurisprudence actuelle de la Cour. Nous tenterons également de mettre en évidence certaines différences entre le régime juridique de cette exception, dont le fondement tient à la volonté de préserver les coopérations entre pouvoirs adjudicateurs distincts, et celui de l'exception de quasi-régie, qui repose sur la liberté d'organisation des pouvoirs publics.

2. L'exigence d'un contrôle analogue, la notion de contrôle conjoint et l'absence de capitaux privés

(a) L'exigence d'un contrôle analogue et la notion de contrôle conjoint

33. Pour rappel, depuis l'arrêt *Coditel*⁽⁷⁵⁾, la Cour admet que l'exception de quasi-régie puisse s'appliquer en cas de contrôle de l'entité prestataire par plusieurs pouvoirs adjudicateurs. Pour la Cour, en d'autres termes, un contrôle peut être analogue tout en étant conjoint. C'est également l'optique adoptée dans l'article 12.3 de la nouvelle directive générale, et dans les dispositions correspondantes de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » et de la nouvelle directive « concessions ». L'exigence d'un contrôle analogue pour qu'il puisse être fait appel à l'exception de coopération institutionnalisée est en effet maintenue. Il est néanmoins précisé expressément que l'exigence de contrôle analogue est satisfaite si le contrôle est exercé conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs qui, individuellement, n'exercent pas un tel contrôle.

34. Les nouvelles directives⁽⁷⁶⁾ prévoient, ensuite, expressément que l'existence d'un contrôle conjoint suppose que les organes décisionnels de l'entité contrôlée soient composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants. Ils reprennent ainsi, dans une certaine mesure, la jurisprudence de la Cour selon laquelle, notamment, le contrôle exercé sur l'entité prestataire ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et

(75) C.J., 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, points 43 et s.

(76) L'article 28 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » parle cependant quant à lui, lorsque les exigences qu'il prévoit sont satisfaites, uniquement de présomption de contrôle conjoint.

ce, sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint⁽⁷⁷⁾. Cette exigence traduit l'idée selon laquelle seule une véritable coopération entre pouvoirs adjudicateurs, dans laquelle chacun d'entre eux est en mesure d'influencer de manière effective les décisions de l'entité prestataire, peut tomber en dehors du champ d'application du droit dérivé des marchés publics et des concessions.

Les nouvelles directives précisent néanmoins également qu'en cas de contrôle conjoint, une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou même l'ensemble d'entre eux. Ce dernier tempérament est issu d'un amendement de la Commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen et vise à éviter des organes de décision pléthoriques lorsque de nombreux pouvoirs adjudicateurs détiennent des participations dans l'entité contrôlée.

35. Troisièmement, toujours en ce qui concerne l'exigence d'un contrôle analogue, il est prévu que l'entité contrôlée ne puisse poursuivre d'intérêt contraire à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent. Sur ce point, les nouvelles directives assouplissent les propositions de la Commission, selon lesquelles l'entité sous contrôle ne pouvait poursuivre d'intérêts distincts de ceux des pouvoirs publics auxquels elle est liée.

36. On relèvera, enfin, qu'une des conditions posées par la Commission dans ses propositions pour qu'il puisse être fait appel à l'exception de coopération institutionnalisée, à savoir celle selon laquelle il serait nécessaire que l'entité contrôlée ne puisse tirer aucun profit, autre que le remboursement des frais effectivement encourus, des marchés publics qui lui sont attribués par les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent, a été abandonnée par le Conseil et le Parlement européen. La Commission européenne innovait sur ce

point par rapport à la jurisprudence actuelle, qui n'impose pas une telle condition. En outre, la *ratio legis* de cette modification n'était pas claire, dans la mesure où, en toute hypothèse, à suivre les propositions de la Commission, l'entité contrôlée aurait par hypothèse été tenue de réaliser au moins 90 % de ses activités pour les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ou pour d'autres personnes morales que ceux-ci contrôlent. Elle n'aurait, partant, pu être active sur le marché concurrentiel qu'à titre très accessoire et donc, un éventuel avantage dont elle aurait bénéficié en raison des prestations prises en charge sur la base de l'article 11.3 n'aurait pas eu un effet significatif sur la concurrence. Il en est d'autant plus ainsi que, en toute hypothèse, le recours à l'exception de coopération institutionnalisée se fait en principe sans préjudice de l'application des règles pertinentes en matière d'aides d'État⁽⁷⁸⁾.

(b) L'absence de capitaux privés

37. À l'instar de ce qui est prévu par l'article 12.1 de la nouvelle directive générale en ce qui concerne les situations de quasi-régie, l'article 12.3 de la nouvelle directive générale interdit toute participation directe de capitaux privés dans le chef de l'entité contrôlée, pour qu'il puisse être fait appel à l'exception de coopération institutionnalisée. Cette disposition prévoit cependant également que même une participation privée en capital pourrait être admissible, pour autant (i) qu'elle n'entraîne pas de capacité de contrôle ou de pouvoir de blocage, (ii) qu'elle soit requise par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, et (iii) qu'elle ne permette pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée. Les nouvelles directives assouplissent une nouvelle fois sur ce point la jurisprudence de la Cour⁽⁷⁹⁾.

(77) C.J., 29 novembre 2012, C-182/11, *Econord*, point 30. Cette affaire concernait plus particulièrement la société par actions ASPEM SpA, créée par la commune de Varese pour, notamment, prendre en charge le service de propreté urbaine, en tant que prestataire en quasi-régie. 36 autres communes avaient également décidé de faire appel à la société créée par la commune de Varese. Dans ce cadre, chacune de ces communes avait souscrit au moins une action d'ASPEM SpA, suite à quoi, ces 36 communes disposaient ensemble de 318 actions sur un total de 173785, le reste étant détenu par la commune de Varese. Parallèlement à l'acquisition de cette participation, certaines de ces communes avaient conclu, ensemble, un pacte d'actionnaires, lequel prévoyait leur droit d'être consultées, de nommer un membre du commissariat aux comptes, et de désigner, conjointement, un conseiller d'administration. Voy. également C.J., 21 juillet 2005, C-231/03, *Coname*, point 24.

(78) Voy., sur cette question, Services de la Commission européenne, *Document de travail des services de la Commission. Guide relatif à l'application aux services d'intérêt économique général, et en particulier aux services sociaux d'intérêt général, des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État, de « marchés publics » et de « marché intérieur »*, 7 décembre 2010, SEC(2010) 1545 final, p. 32. Voy. également T. BRUYNINCKX, « De in-house exceptie bij overheidsopdrachten herbekeken vanuit staatssteunperspectief », *Chronique des marchés publics 2010-2011*, Bruxelles, EBP, 2010, pp. 301 à 318.

(79) C.J., 13 novembre 2008, C-324/07, *Coditel Brabant*, point 30.

3. Les activités du prestataire

38. En ce qui concerne le critère de l'activité, les nouvelles directives reprennent le seuil de 80 % prévu pour l'exception de quasi-régie, tout en précisant qu'il convient, pour évaluer si cette exigence est satisfaite, de prendre en compte les activités réalisées par l'entité prestataire pour l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent conjointement, ce qui confirme la jurisprudence de la Cour⁽⁸⁰⁾, ainsi que pour ses entités « sœurs ».

4. Le cas des relations ascendantes et horizontales

39. Comme on l'a vu, les conditions d'application de l'article 12.3 de la nouvelle directive générale (coopérations institutionnalisées entre pouvoirs adjudicateurs), et les conditions équivalentes prévues dans la nouvelle directive « secteurs spéciaux » et dans la nouvelle directive « concessions », rappellent, dans une large mesure, celles prévues pour qu'il puisse être fait appel à l'exception de quasi-régie.

La différence de nature entre (i) l'exception pour les mécanismes de coopérations institutionnalisées (qui cherche à protéger la possibilité pour des pouvoirs adjudicateurs de collaborer entre eux), et (ii) celle prévue pour les prestations en quasi-régie (qui cherche à protéger la liberté d'organisation des pouvoirs adjudicateurs), se traduit néanmoins notamment par la manière dont sont appréhendées les relations ascendantes entre l'entité sous contrôle, qui est, par hypothèse, un pouvoir adjudicateur, et les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent et entre cette entité et ses entités « sœurs »⁽⁸¹⁾.

Ainsi, par exemple, alors que, on l'a vu, dans le cas de situations de quasi-régie, une entité contrôlée peut logiquement, sous certaines conditions, attribuer directement un marché public au pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou à une entité « sœur », tel n'est pas le cas dans les situations de contrôle conjoint. Il n'y a en effet pas de disposition équivalente à l'article 12.2 de la nouvelle directive générale, qui renverrait à l'article 12.3 de celle-ci. Dès lors, un pouvoir adjudicateur contrôlant conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs une même entité publique ne pourrait, en théorie, se voir attribuer par celle-ci, directement, un marché, que si les conditions de l'article 12.1

sont par hypothèse réunies (c'est-à-dire s'il exerce sur le pouvoir adjudicateur sous contrôle un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et si celui-ci réalise pour son compte 80 % de ses activités). La situation est similaire en ce qui concerne la nouvelle directive « secteurs spéciaux » et la nouvelle directive « concessions ». Dans la mesure, néanmoins, où, pour qu'il y ait coopération institutionnalisée, il est nécessaire que chacun des pouvoirs adjudicateurs participe effectivement au contrôle de l'entité contrôlée, il nous semble *a priori* peu envisageable qu'il puisse encore, dans un tel cas, être question d'une situation de quasi-régie entre un des pouvoirs adjudicateurs de contrôle, considéré isolément, et l'entité contrôlée⁽⁸²⁾. En effet, lorsque l'organe d'administration de l'entité prestataire est, en principe, composé de représentants de plusieurs pouvoirs adjudicateurs, il paraît difficile de considérer que l'un d'entre eux exerce sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

C. LA CONSOLIDATION DU RÉGIME JURIDIQUE DES COOPÉRATIONS NON-INSTITUTIONNALISÉES ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS

1. Présentation

40. En ce qui concerne les coopérations non-institutionnalisées entre pouvoirs adjudicateurs, l'article 12.4 de la nouvelle directive générale prévoit que :

« Un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

- a) le marché établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun ;
- b) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public ; et
- c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération ».

(80) C.J., 19 avril 2007, C-295/05, *Asemfo*, point 63.

(81) En ce sens, voy. les conclusions de l'av. gén. MENGIOZZI du 23 janvier 2014 dans l'affaire C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, points 43 à 45.

(82) Voy. cependant R. CAVALLLO PERIN et D. CASALINI, *op. cit.*, p. 237.

Une disposition similaire est reprise dans la nouvelle directive « secteurs spéciaux », à l'article 28.4 et dans la nouvelle directive « concessions », à l'article 17.4.

41. Eu égard au caractère récent et moins fouillé de la jurisprudence de la Cour en ce qui concerne les coopérations non-institutionnalisées, le législateur européen pouvait plus aisément innover au moment de légiférer. Dans les nouvelles directives, le législateur européen a principalement fait usage de cette marge de manœuvre pour adopter une approche souple des conditions d'application de l'exception de coopération non-institutionnalisée, particulièrement en comparaison avec ce qui était proposé par la Commission. Cette exception à l'application du droit dérivé des marchés publics et des concessions pourrait donc être utilisée largement dans le futur en ce qui concerne, à tout le moins, les pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas actifs par ailleurs sur le marché. Nous examinons ci-après les différentes conditions prévues par les nouvelles directives pour qu'il puisse être fait appel à l'exception de coopération non-institutionnalisée entre pouvoirs adjudicateurs.

2. Le marché doit être exclusivement conclu entre deux ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs

42. Selon les nouvelles directives, pour que l'exception de coopération non-institutionnalisée puisse s'appliquer, il faut que le contrat conclu le soit exclusivement par des pouvoirs adjudicateurs, sans la participation d'une partie privée. Le législateur européen confirme ainsi la jurisprudence de la Cour sur ce point⁽⁸³⁾.

43. En revanche, une participation privée dans le chef des pouvoirs adjudicateurs parties à l'accord est admissible, selon les nouvelles directives⁽⁸⁴⁾, nonobstant le fait que le recours à l'exception de coopération non-institutionnalisée ne peut aboutir à placer un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents. Par contraste, à l'heure actuelle, la Commission européenne interprète la jurisprudence de la Cour en ce sens que toute participation privée dont feraient l'objet les pouvoirs adjudicateurs doit être exclue pour qu'il puisse être question de coopération non-institutionnalisée⁽⁸⁵⁾. Elle avait, d'ailleurs, explicite-

ment repris cette condition dans ses propositions de directives⁽⁸⁶⁾, sans donc être suivie par le Parlement et le Conseil. La solution retenue sur ce point dans les nouvelles directives ouvre la possibilité de recourir à l'exception de coopération non-institutionnalisée au nombre important de pouvoirs adjudicateurs de droit privé bénéficiant de capitaux privés.

3. Le marché doit établir ou mettre en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun

44. En prévoyant que le contrat doit établir ou mettre en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants, dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, les nouvelles directives semblent assouplir la jurisprudence de la Cour, même si la portée précise de l'expression utilisée est peu claire.

À l'heure actuelle en effet, la Cour n'exclut du champs d'application du droit dérivé des marchés publics que les contrats qui instaurent une coopération entre des entités publiques ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à celles-ci⁽⁸⁷⁾. Dans les nouvelles directives en revanche, il ne semble plus requis que les pouvoirs adjudicateurs aient en commun une mission de service public pour qu'ils puissent faire appel à l'exception de coopération non-institutionnalisée. Il faut simplement qu'ils poursuivent des objectifs communs et agissent dans le cadre de leurs missions respectives de service public.

45. Les nouvelles directives apportent également des éclaircissements, principalement par ce qu'elles ne prévoient pas, quant à la notion elle-même de coopération.

À l'heure actuelle en effet, la Commission européenne interprète la jurisprudence en ce sens que si une coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut reposer sur une division des tâches ou sur un certain degré de spécialisation et si les prestations de chacune des parties ne doivent pas être équivalentes⁽⁸⁸⁾, une attribution unilatérale d'une tâche

(83) C.J., 19 décembre 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, point 35.

(84) Voy. le considérant 32 de la nouvelle directive générale et le considérant 46 de la nouvelle directive « concessions ».

(85) Voy. *Document de travail relatif aux coopérations public-public*, p. 14.

(86) Voy. notamment l'article 11.4, e), de la proposition de directive générale.

(87) C.J., 16 mai 2013, C-564/11, *Consulta Regionale Ordine Ingegneri della Lombardia e.a.*, point 38.

(88) P. NIHOUL, « La notion de "marché public" : éléments transversaux et matériels », *MCP-OoO*, 2011, p. 18.

par un pouvoir adjudicateur à un autre ne peut en revanche pas être considérée comme une coopération⁽⁸⁹⁾. De la même manière, dans ses propositions de directives, la Commission souhaitait qu'il ne puisse être question de coopération non-institutionnalisée qu'à la condition que le contrat conclu entre pouvoirs adjudicateurs prévoient des droits et des obligations mutuels pour les parties⁽⁹⁰⁾. Dans les nouvelles directives, le Parlement européen et le Conseil ont en revanche adopté une approche moins rigide de la notion de coopération que celle initialement proposée par la Commission européenne. Le Parlement et le Conseil ont en effet décidé de ne pas exiger, pour qu'il y ait coopération non institutionnalisée, que tous les pouvoirs participants doivent se charger de l'exécution des principales obligations contractuelles, tant que l'engagement a été pris de coopérer à l'exécution du service public en question⁽⁹¹⁾.

46. Il est, enfin, également intéressant de relever que, alors que la Commission européenne proposait, au nombre des conditions à l'application de l'exception de coopération non-institutionnalisée, que l'accord conclu entre pouvoirs adjudicateurs ne puisse prévoir aucun transfert financier entre les pouvoirs adjudicateurs participants autres que ceux correspondant au remboursement du coût effectif des travaux, des services ou des fournitures⁽⁹²⁾, cette condition n'a pas été retenue dans les nouvelles directives. Dès lors, dans le cadre d'une coopération non-institutionnalisée, ceci implique, selon nous, que les transferts financiers pouvant intervenir entre les pouvoirs adjudicateurs parties à l'accord ne doivent pas nécessairement être limités au remboursement du coût effectif des travaux, des services ou des fournitures, pour autant, néanmoins, que ces transferts financiers soient exclusivement guidés par des considérations d'intérêt général⁽⁹³⁾. Les pouvoirs adjudicateurs disposent ainsi d'une marge de manœuvre plus importante

pour régler les flux financiers entre eux lorsqu'ils décident de coopérer.

4. *La mise en œuvre de la coopération doit n'obéir qu'à des considérations d'intérêt public*

47. Selon les nouvelles directives, la mise en œuvre de la coopération entre pouvoirs adjudicateurs ne peut être guidée que par des considérations d'intérêt public⁽⁹⁴⁾. Cette exigence vise à exclure, du moins selon les services de la Commission européenne et en ce qui concerne la situation actuelle, que la coopération soit principalement déterminée par d'autres considérations, notamment commerciales, et supposerait que les partenaires de la coopération ne soient en principe pas actifs sur le marché dans le cadre de la coopération⁽⁹⁵⁾.

5. *Les pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas réaliser sur le marché concurrentiel plus de 20 % des activités concernées par la coopération*

48. Les nouvelles directives prévoient enfin, pour que l'exception de coopération non-institutionnalisée puisse s'appliquer, que les pouvoirs adjudicateurs participants ne réalisent pas, sur le marché concurrentiel, plus de 20 %, des activités concernées par la coopération. Cette condition, qui ne résulte pas explicitement de la jurisprudence actuelle de la Cour⁽⁹⁶⁾, vise à limiter les risques de distorsion de concurrence sur le marché, à l'instar du critère de l'activité prévu en ce qui concerne l'exception de quasi-régie et les coopérations institutionnalisées entre pouvoirs adjudicateurs⁽⁹⁷⁾. Elle est de nature à restreindre de façon substantielle la possibilité pour des pouvoirs adjudicateurs développant par ailleurs des activités sur le marché concurrentiel de recourir à l'exception de coopération non-institutionnalisée.

(89) Document de travail relatif aux coopérations public-public, pp. 14 et 15.

(90) Voy. notamment l'article 11.4, a), de la proposition de directive générale.

(91) Voy. le considérant 33 de la nouvelle directive générale et le considérant 47 de la nouvelle directive « concessions ».

(92) Voy. également les conclusions de l'av. gén. MENGIOZZI du 23 janvier 2014 dans l'affaire C-15/13, *Datenlotsen Informationssysteme GmbH*, point 66. On notera que, jusqu'à l'arrêt *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, des débats existaient quant à savoir si des accords ne prévoyant que le remboursement du coût effectif des travaux, des services ou des fournitures devaient être considérés comme étant des contrats conclus « à titre onéreux ». Voy. C. DUBOIS et I. VAN KRUCHTEN, « La notion de titre onéreux – Essai d'analyse du parent pauvre de la définition du marché public », *Chronique des marchés publics 2009-2010*, Bruxelles, EBP, 2010, p. 219. Le doute à cet égard avait été créé par la Cour de Justice dans l'affaire C.J., 18 juillet 2007, C-382/05, *Commission c. Italie*. Dans l'arrêt *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, la Cour de Justice a répondu par l'affirmative (C.J., 19 décembre 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, point 29).

(93) Voy. le considérant 33 de la nouvelle directive générale et le considérant 47 de la nouvelle directive « concessions ».

(94) Voy. également C.J., 19 décembre 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, point 35.

(95) Document de travail relatif aux coopérations public-public, p. 15. Sur cette condition, voy., *infra*, n° 48.

(96) Voy. néanmoins Document de travail relatif aux coopérations public-public, p. 15 et ce qui a été dit, *supra*, n° 47.

(97) S. PLATON et S. MARTIN, *op. cit.*, p. 1144.

V. Entreprises liées et coentreprises dans les secteurs spéciaux

49. Les articles 29 et 30 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » reprennent dans une très large mesure le contenu de l'article 23 de la directive 2004/17/CE. L'article 23 de la directive 2004/17/CE règle, pour rappel, expressément le sort des marchés attribués à une entreprise liée, à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise. Cet article vise vraisemblablement à favoriser le développement de groupes de sociétés européens⁽⁹⁸⁾, en excluant, lorsqu'une seule unité économique est concernée et moyennant le respect de certaines conditions, les rapports intragroupes du champ d'application du droit dérivé des marchés publics. Les relations entre personnes publiques sont donc déjà appréhendées, dans certaines conditions, de manière souple dans les secteurs spéciaux.

Dans la mesure où les conditions d'application de ces dispositions sont à certains égards moins strictes que celles prévues à l'article 28 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » en ce qui concerne les relations entre pouvoirs publics et, plus précisément, entre pouvoirs adjudicateurs (prestations en quasi-régie et coopérations institutionnalisées), c'est elles qui trouveront le plus souvent à s'appliquer, le cas échéant, pour les marchés passés dans les secteurs spéciaux. Il est d'ailleurs, à cet égard, intéressant de relever que les articles 29 et 30 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » précisent qu'ils s'appliquent « nonobstant les dispositions de l'article [relatif aux relations entre pouvoirs publics] ». Il semblerait, dès lors, que des pouvoirs adjudicateurs pourraient en toute hypothèse se prévaloir de l'exception prévue par les articles 29 et 30 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » en ce qui concerne les marchés passés, dans les secteurs spéciaux, entre coentreprises ou entreprises liées, lorsque les conditions d'application de ces dispositions sont réunies, ce qui n'était pas clairement établi jusqu'ici⁽⁹⁹⁾.

L'article 28 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » pourrait, quant à lui, encore trouver à s'appliquer lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs souhaitent mettre en place une coopération

non-institutionnalisée, puisque ce cas de figure n'est pas expressément visé par les articles 29 et 30 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux », voire lorsque les conditions relatives aux activités de l'entité attributaire, prévues par l'article 29 de la nouvelle directive, ne sont pas satisfaites. Dans le cas des relations ascendantes et horizontales, en effet, l'article 28 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » ne pose pas de conditions quant aux activités de l'entité attributaire, contrairement à ce qui est prévu par l'article 29 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux » en ce qui concerne l'attribution par une entité adjudicatrice d'un marché à une entreprise liée⁽¹⁰⁰⁾.

50. En ce qui concerne les concessions, la nouvelle directive « concessions » contient également, aux articles 13 et 14, une exception à l'application de la directive pour les concessions attribuées à une entreprise liée (article 13) et les concessions attribuées à une coentreprise ou à une entité adjudicatrice faisant partie d'une coentreprise (article 14). Les conditions d'application de ces dispositions sont similaires à celles prévues, dans les secteurs spéciaux, aux articles 29 et 30 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux ». Ces dispositions s'appliquent également « nonobstant les dispositions de l'article [relatif aux relations entre pouvoirs publics] ».

VI. Conclusion

51. La question de l'application du droit des marchés publics aux contrats conclus entre pouvoirs publics est une question politiquement sensible et ancienne. Au niveau européen, la jurisprudence de la Cour a, au fil du temps, d'une part, affirmé le principe de l'application du droit dérivé des marchés publics aux contrats conclus entre pouvoirs adjudicateurs et, d'autre part, ménagé deux catégories d'exception à cette application de principe. Il s'agit (i) du cas des prestations en quasi-régie, exception qui s'applique lorsque plusieurs pouvoirs adjudicateurs formellement distincts constituent ensemble, d'un point de vue substantiel, une seule entité, et (ii) des mécanismes de coopération, institutionnalisée ou non, entre pouvoirs

(98) L. RICHER, *op. cit.*, p. 115.

(99) Selon certains auteurs néanmoins, à l'heure actuelle, l'article 23 de la directive 2004/17/CE peut être invoqué par des pouvoirs adjudicateurs, pour autant que ceux-ci agissent en tant qu'entreprises exerçant une activité dans les secteurs spéciaux. L. RICHER, *op. cit.*, pp. 116 et 117.

(100) Selon les articles 29.2 et 29.4 de la nouvelle directive « secteurs spéciaux », l'entreprise liée attributaire peut, en substance, être soit une entité qui contrôle l'entité adjudicatrice, soit une entité contrôlée par l'entité adjudicatrice, soit une entité sœur, pour autant qu'elle ait réalisé au sein du groupe, au cours des trois années précédant l'attribution, 80% au moins de son chiffre d'affaires moyen total, relativement au type de prestations – services, fournitures, travaux – faisant l'objet du marché.

adjudicateurs. Les nouvelles directives viennent, dans une certaine mesure, codifier la jurisprudence de la Cour sur ces questions, tout en levant certaines des incertitudes qui traversaient encore la matière et en y apportant quelques innovations importantes. C'est la première fois que le droit dérivé des marchés publics et des concessions s'intéresse ainsi de façon détaillée au sort des contrats conclus entre entités publiques et il est intéressant de relever que, dans l'ensemble, le législateur européen appréhende de façon plus favorable que la Cour et la Commission européenne la liberté d'organisation des pouvoirs publics et le phénomène des coopérations entre pouvoirs publics. D'un point de vue économique, les nouvelles directives innovent également de façon substantielle, en tolérant certaines formes de participation privée dans des situations de quasi-régie ou de coopération.

Si l'apport de la réforme du droit dérivé des marchés publics et des concessions à la question des

contrats conclus entre pouvoirs adjudicateurs est, en soi, important, il échet également de relever que la Cour tend à appliquer les solutions retenues en droit dérivé des marchés publics lorsque ce sont les règles fondamentales du traité et, notamment, les principes de transparence et de non-discrimination, qui doivent être respectés⁽¹⁰¹⁾. Or, le champ d'application de ces deux principes est très large puisque, au-delà des concessions de services, dont les procédures d'attribution sont en toute hypothèse codifiées par la réforme en cours, ces principes peuvent trouver à s'appliquer, plus généralement, dès lors qu'il y a attribution par un pouvoir adjudicateur de la prise en charge d'une prestation économique à un tiers, que cette attribution soit unilatérale ou contractuelle⁽¹⁰²⁾. L'apport des nouvelles directives à la question des contrats conclus entre personnes publiques pourrait, en conséquence, être important non seulement pour le droit des marchés publics, mais aussi pour l'organisation des pouvoirs publics de manière générale.

(101) Sur cette question, voy. S. TREUMER et E. WERLAUFF, « The Leverage Principle : Secondary Community Law as Lever for the Development of Primary Community Law », *E.L.R.*, 2003, pp. 124 à 133.

(102) En ce sens, voy. Y. HOUYET, « La libéralisation des services publics : analyse du traité CE et de la jurisprudence communautaire relative au droit primaire », *C.D.P.K.*, 2006, p. 885 ; M. SZYDLO, « The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement », *German Law Journal*, 2011, p. 1422 ; C. BOVIS, « Public Service Partnerships as Instruments of Public Sector Management in the EU », *P.P.L.R.*, 2011, p. 203. Voy. également les conclusions de l'av. gén. BOT précédant C.J., 3 juin 2010, C-203/08, *Sporting exchange*, point 153.