

CHAMP D'APPLICATION DES MARCHES PUBLICS : CAS-LIMITES

France Vlassembrouck – le 19 octobre 2010



LES MARCHES “IN HOUSE” ET LES ACCORDS DE COOPERATION/ COLLABORATION

I. PRINCIPE ET EXCEPTIONS

1. PRINCIPE

Application de la réglementation des marchés publics aux marchés passés entre collectivités publiques, si les éléments constitutifs du marché public sont réunis

2. EXCEPTIONS

- Marchés “in house”
- Contrats de coopération/collaboration

= création jurisprudentielle

II. MARCHES IN HOUSE : CONDITIONS D'APPLICATION

TROIS CONDITIONS (CJCE, 18 novembre 1999, C-107/98, Teckal) :

- L'entité contractante est une personne juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur
- Le pouvoir adjudicateur exerce sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services
- Cette entité exécute la majorité de ses activités au profit de la collectivité ou des collectivités publiques qui la maîtrise(nt)

- **Conditions cumulatives**
- **A apprécier, en principe, au moment de l'attribution du marché**
- **Conditions affinées par la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes + circulaires**

(ex: circulaire du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 2006 concernant les relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs; circulaire du 13 juillet 2006 aux communes, provinces, régies communales et provinciales autonomes, CPAS et associations chapitre XII de la Région wallonne; rondzendbrief LNE/2007/1 van de Vlaamse Overheid van 14 september 2007 betreffende toepassing van de wetgeving overheidsopdrachten- "in house" aanbestedingen – implicaties van het gelijkheidsbeginsel bij toekennen van overheidscontracten)

1. Contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services

!!! Preuve par indices

a) Participation du pouvoir adjudicateur dans le capital de l'entité contractante

→ Une participation privée dans le capital de l'entité contractante exclut un contrôle analogue

- Raison d'être
- Quid en cas de cession a posteriori de parts de capital de l'entité contractante ? Il faut tenir compte des circonstances de l'espèce

CJCE, 10.11.2005, C-29/04, *Commission c/ République d'Autriche*

>< CJCE, 17.07.2008, C-37/05, *Commission c/ République d'Italie* ; CJCE, 10 septembre 2009, C-573/07, *Sea*

→ Indifférence de l'importance de la participation du pouvoir adjudicateur

Une participation majoritaire du pouvoir adjudicateur est un indice. Toutefois, l'importance de la participation du pouvoir adjudicateur peut être peu élevée pour autant que seuls des pouvoirs publics participent au capital de l'entité contractante.

b) (Evolution des) activités, (de la) mesure concrète de l'autonomie des organes de gestion et (des) possibilités de contrôle par le pouvoir adjudicateur

Il faut tenir compte de l'ensemble des dispositions législatives et des circonstances pertinentes au cas d'espèce afin de déterminer si l'entité contractante est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer ses décisions.

Cette possibilité d'influence dominante doit concerner tant les objectifs stratégiques que les décisions importantes de l'entité.

- L'entité contractante revêt-elle une forme de droit privé ?
- Existe-t-il des mécanismes excluant que l'entité contractante se comporte comme une entreprise de marché (ex: limitation de son objet statutaire à l'exécution de la mission confiée d'intérêt général) ?
- Qui nomme les membres de son conseil d'administration ?
- Le conseil d'administration dispose-t-il d'une large autonomie de gestion ?
- Le contrôle sur l'entité contractante s'exerce-t-il par le biais de mécanismes du droit commun ou de mécanismes spécifiques (ex: fonctionnaire désigné à cette fin par le pouvoir adjudicateur) ?

Ex: CJCE, 13 novembre 2008, C-324/07, Coditel

2. Exercice de la majorité de ses activités au profit de la collectivité ou des collectivités publiques qui la maîtrise(nt)

→ Cette condition implique que l'activité de l'entité contractante soit consacrée principalement à la collectivité publique qui la détient, toute autre activité revêtant un caractère marginal.

=> Evaluation en fonction de toutes les circonstances qualitatives et quantitatives de l'espèce :

- Il faut avoir égard aux activités que l'entité contractante réalise dans le cadre d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment de l'identité du bénéficiaire, qu'il s'agisse du pouvoir adjudicateur lui-même ou de l'utilisateur des prestations.

- Il est indifférent de savoir qui rémunère l'entreprise concernée, que ce soit la collectivité qui la détient ou les tiers usagers de prestations fournies en vertu de concessions ou d'autres relations juridiques établies par ladite collectivité. Il est également sans pertinence de savoir sur quel territoire lesdites prestations sont fournies.

→ Quid lorsque lorsque plusieurs collectivités publiques détiennent une participation dans le capital d'une entité contractante ?

Interprétation souple : la condition est considérée comme remplie si l'entité contractante exerce l'essentiel de son activité, non pas nécessairement avec telle ou telle collectivité, mais avec ces collectivités dans leur ensemble.

III. ACCORDS DE COOPERATION : COLLABORATION ENTRE AUTORITES PUBLIQUES

1. Hypothèse distincte

→ des marchés “in house”

→ **des transferts de compétence** (voy. par ex., circulaire du Ministère de la Région de Bruxelles-Capitale du 11 juillet 2006 concernant les relations contractuelles entre pouvoirs adjudicateurs)

2. Conditions cumulatives d'application (CJCE, 9 juin 2009, C-480/06, *Commission / République fédérale d'Allemagne*)

- contrat de coopération
- entre entités exclusivement publiques
- visant à assurer la mise en oeuvre d'une mission de service public qui leur est commune
- ne générant aucune violation de l'égalité de traitement ou de distorsion de concurrence à l'égard d'entreprises privées
- n'ayant pas pour objet de contourner les règles des marchés publics

PPPI ET MARCHES PUBLICS

I. DEFINITION

Communication interprétative de la Commission européenne du 5 février 2008 concernant l'application du droit communautaire des marchés publics et des concessions aux partenariats public-privé institutionnalisés (PPPI)

“Coopération entre des partenaires privés publics et privés qui établissent une entité à capital mixte qui exécute des marchés publics ou des concessions”

-> apport privé consiste, hormis la contribution aux capitaux ou autres actifs, en la participation active à l'exécution des tâches attribuées à l'entité à capital mixte et/ou la gestion de l'entité à capital mixte

>< simple apport de fonds par un bailleur privé à une entreprise publique

II. PRINCIPES

- Si la mission assignée à une entité à capital mixte est un marché public qui RELEVE des directives relatives aux marchés publics => application de ces directives à la sélection du partenaire privé
- Si la mission assignée est une concession de service public ou un marché public NON SOUMIS aux directives relatives aux marchés publics => application des principes du Traité CE (égalité, transparence et proportionnalité) à la sélection du partenaire privé

= en toute hypothèse, procédure unique

III. DEUX CAS D'APPLICATION

1. CE, 19 juin 2009, n°194.417, *s.a. Horizon Pleiades*

→ Rappel des faits

→ En droit : sélection du partenaire = marché public de (promotion) de travaux, voire de services, sur la base des éléments suivants

- imprécision du CSCh sur la société à constituer et les engagements réciproques des parties quant à leurs apports
- critères de sélection et d'attribution axés principalement sur le contenu du projet immobilier

- projet immobilier correspondant aux besoins du pouvoir adjudicateur
- obligation de construire des équipements d'intérêt collectif et de les rétrocéder ensuite à la commune: non pertinente et, en toute hypothèse, non constitutive d'une charge d'urbanisme car disjointe de la demande de permis de lotir et imposée au partenaire privé

2. CJCE, 15 octobre 2009, C-196/08, *Acoset*

→ Rappel des faits

→ En droit : procédure unique tendant à la sélection d'un partenaire dans le respect des règles de mise en concurrence

- objet principal du contrat : concession de service public, avec, à titre accessoire, la réalisation de travaux (compar.: CJCE, 6 mai 2010, C-145/08 et C-149/08, *Hôtel Loutraki*)
- critères de sélection du partenaire : fondés sur les capitaux apportés, sur sa capacité technique et sur les caractéristiques de son offre au regard des prestations spécifiques à fournir

France Vlassembrouck

Rue Neerveld 101-103
1200 Bruxelles

Tél : 02/743 43 17
Fax : 02/773 23 89
france.vlassembrouck@loyensloeff.com