

Concessions et relations entre pouvoirs publics : les exclusions

La directive reprend les critères de l'exception in house tout en y apportant de réels assouplissements, ce qui permettrait, notamment, permettre à certaines entités de bénéficier de cette exception. Au-delà de la notion classique de prestations intégrées verticales, la directive entérine d'autres exceptions, connexes à l'exception in house.

Dans la directive nouvelle destinée à encadrer la passation des concessions de services publics, figure la délimitation de son champ d'application. Pour cela, la notion d'« exclusion » est centrale. La directive y consacre plusieurs articles dont l'article 17 intitulé « Concessions entre entités dans le secteur public ».

À cet égard, le législatif communautaire codifie, tout en y apportant des assouplissements, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) relative à la notion de contrats dit « in house ».

Initialement, la Commission européenne avait proposé un projet de directive dans le droit fil de la jurisprudence. Toutefois, durant la phase parlementaire, les différents acteurs intéressés au sujet ont fait connaître leur avis de sorte que la version finale adoptée a été modulée.

L'exception « in house » revisitée

La notion d'exception in house permet d'écartier l'application des contraintes procédurales applicables à la conclusion de contrats publics. Elle a été initiée par le juge communautaire dans le cadre de la passation des marchés publics avant d'être appliquée aux concessions de service public.

Plus précisément, c'est l'arrêt Teckal, le premier, qui a jugé qu'il ne pouvait être fait échec à l'application des procédures contraignantes « que dans l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent »⁽¹⁾. L'exception in house était née. Ce sont ces deux conditions que reprenait le projet de directive sur les concessions établi par la Commission européenne.

Toutefois, les discussions qui sont intervenues, entre le dépôt du projet en 2011 et son vote par le Parlement européen en 2014, ont conduit à des assouplissements

Auteur

Thomas Rouveyran
avocat Associé

Céline Record
avocat à la Cour, SCP Seban et Associés

Mots clés

In house • Coopération publique • Contrôle analogue
• Contrôle analogue conjoint • Prestation intégrée horizontale
• Critère de l'activité • SEM

(1) CJCE 18 novembre 1999, Teckal Srl, aff. C-107/98, point 50.

dans cette définition, qui font précisément l'intérêt de l'analyse de cette exception in house revisitée^[2].

Ainsi, l'article 17§1 de la directive dispose qu'une concession attribuée par un pouvoir adjudicateur à une personne morale de droit privé ou public bénéficie de l'exception in house lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

- le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services sur le prestataire, autrement dit, il exerce sur lui une influence décisive à la fois sur ses objectifs stratégiques et sur ses décisions importantes. Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur ;
- plus de 80 % des activités du prestataire lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur ou d'autres personnes morales que ce pouvoir adjudicateur contrôle ;
- le prestataire 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 la loi et qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur le prestataire.

Le critère capitalistique : l'arrêt Stadt Halle

La Cour de justice des Communautés européennes (CJCE)^[3] a posé le principe selon lequel « une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, a la possibilité d'accomplir les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens [...] sans, être obligée de faire appel à des entités externes n'appartenant pas à ses services. Dans un tel cas, il ne peut être question de contrat à titre onéreux conclu avec une entité juridiquement distincte du pouvoir adjudicateur »^[4].

A *contrario*, la Cour indiquait qu'on ne saurait parler d'« entité juridique distincte » du pouvoir adjudicateur dès lors que cette entité comprenait une personne privée, et ce quand bien même le pouvoir adjudicateur en était membre. La Cour a jugé que « la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut en tout état de cause que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services »^[5] et ce, au motif que « tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente » des « considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêts publics »^[6]. Cette approche est désormais revue.

En effet si, selon la version d'origine de l'article 17, l'exception in house imposait que « la personne morale

contrôlée ne [fasse] l'objet d'aucune participation privée », la directive amendée dispose désormais que l'exception in house admet certaines formes de participation de capitaux privés « sans capacité de contrôle ou de blocage ».

Il y a là une vraie innovation qui ouvre la porte de l'exception in house à des entités qui en étaient privées. Typiquement, certaines sociétés d'économies mixtes créées en France (mais pas toutes les SEM !) pourraient, dans l'absolu, désormais pouvoir bénéficier de cette exception. De même, le cas de certains groupements d'intérêt économique ou groupements d'intérêt public pourra également être examiné sous un angle renouvelé sur le fondement de ce nouveau critère capitalistique.

Le préambule de la directive explique les raisons d'un tel assouplissement : il vise à exclure de son champ d'application « des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics ». À cet égard, le cas des sociétés HLM méritera, notamment, une attention particulière afin de savoir comment la jurisprudence se positionnera les concernant.

Le critère de l'« influence déterminante », l'arrêt Parking Brixen

La CJCE juge que le contrôle analogue suppose « un contrôle permettant à l'autorité publique concédante d'influencer les décisions de ladite entité. Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes »^[7].

Ce critère, précisé par des arrêts postérieurs^[8], a été repris tel quel dans la directive, de sorte qu'il devrait continuer d'être apprécié par la Cour comme elle l'a fait jusque-là.

Il est intéressant de rappeler que l'arrêt Parking Brixen a été rendu concernant une concession de services publics. Bien que non règlementée par des textes, la CJCE a jugé que la passation de ces contrats n'était pas dispensée de respecter certaines obligations, notamment de transparence, issues du Traité Fondamental sur l'Union Européenne^[9]. Imposant des contraintes à ces contrats, la jurisprudence leur a ouvert le bénéfice de l'exception in house^[10].

Le critère de l'activité : l'arrêt Teckal

Dès l'origine, l'arrêt Teckal faisait apparaître à coté du contrôle analogue, le critère de l'activité. Jamais précisément chiffré par la jurisprudence qui a pu parler d'« activité ne revêtant qu'un caractère marginal »^[11] – ce qui

[2] Les nouvelles directives « marchés » comportent la même définition de l'exception « in house ».

[3] La CJCE est devenu la Cour de justice, et appartient à l'institution plus large que constitue la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE).

[4] CJCE 11 janvier 2005, Stadt Halle, aff. C-26/03, point 48.

[5] *Ibidem*, point 49.

[6] *Ibidem*, point 50.

[7] CJCE 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, aff. C-458/03, points 64 & 65.

[8] Cf. CJCE 10 septembre 2009, Sea Srl, aff. C-573/07 ; CJUE 29 novembre 2012, Econord SpA, aff. C-182/11 et C-183/11.

[9] CJCE 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GmbH, aff. C-324/98.

[10] Cf. CJCE G. Ch., 21 juillet 2005, Coname, aff. C-231/03 ; CJCE 10 septembre 2009, Sea Srl, aff. C-573/07, points 36 & 37.

[11] CJCE 11 mai 2006, Cabotermo SpA, aff. C-340/04, point 63.

laissait à la Cour un réel pouvoir d'appréciation – il fait désormais l'objet d'un seuil.

Lors du dépôt du projet de directive en 2011, la Commission avait introduit un pourcentage de plus de 90 %, la version finale a retenu un chiffre de plus de 80 %.

On peut relever que ce taux de 80 % est identique à celui figurant dans les dispositions consacrées à la notion d'entreprise liée. Faut-il pour autant y voir une volonté d'uniformisation ? Probablement pas. La jurisprudence avait déjà précisé dans le cadre de l'appréciation de l'exception in house que le critère de l'activité ne devait pas s'apprécier au regard du seuil de 80 % figurant dans le régime des entreprises liées au motif que le législateur n'avait pas introduit l'exception des entreprises liées dans la directive relative au secteur classique (2004/18/CE)⁽¹²⁾.

Par ailleurs, on note un glissement sémantique. L'arrêt Teckal faisait mention de l'activité exercée « avec la ou les collectivités qui la détiennent », tout comme les arrêts postérieurs⁽¹³⁾, là où la directive parle désormais d'activités « confiées par le pouvoir adjudicateur [...] qui la contrôle ou par d'autres personnes morales que ce pouvoir adjudicateur [...] contrôle ».

Or, envisager l'activité du prestataire au regard des collectivités qui contrôlent ce prestataire est indépendant de la qualité des personnes morales que le pouvoir adjudicateur contrôle. À l'évidence, une personne morale que le pouvoir adjudicateur contrôle ne sera pas nécessairement une personne morale qui contrôle le prestataire.

Enfin, on note que le seuil en cause « est déterminé en fonction du chiffre d'affaires total moyen ou d'un autre paramètre approprié [...] pendant les trois années précédents l'attribution » du contrat, ce qui était déjà le critère appliqué dans le régime des entreprises liées.

La directive, avec cette redéfinition du critère de l'activité, laisse ainsi au prestataire une marge de diversification non négligeable.

Les autres exceptions connexes

La directive, au-delà de la notion classique de prestations intégrées verticales, entérine d'autres exceptions, connexes à l'exception in house.

Les prestations intégrées « horizontales »

Il s'agit d'examiner l'article 17§2 de la directive qui vise les prestations intégrées « horizontales » et « inversées ».

En effet, l'article prévoit l'hypothèse où ce n'est plus un pouvoir adjudicateur qui confie la réalisation d'une prestation à une entité qu'il contrôle (prestations intégrées « verticales ») mais inversement une entité contrôlée qui confie la réalisation d'une prestation au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, d'où le terme de prestations intégrées « inversées ».

Il n'y a pas ici de difficulté particulière. Les mêmes conditions que celles évoquées pour les prestations intégrées « verticales » s'appliquent.

(12) *Ibidem*, points 55 à 57.

(13) *Ibidem*, point 60.

À cet égard, la Commission avait déjà fait connaître son opinion selon laquelle « dans le cas d'une attribution "ascendante" [...] la logique de "in house" [...] continuera de s'appliquer »⁽¹⁴⁾.

Plus technique est l'hypothèse dite des prestations intégrées « horizontales », dans la mesure où elles font intervenir une troisième personne et où le contrôle exercé n'est pas direct. Il s'agit de l'hypothèse où un même pouvoir adjudicateur contrôle deux entités différentes et où l'une de ces deux entités contrôlées confie la réalisation de prestations à l'autre entité contrôlée. Dans un tel cas, l'entité qui confie l'exécution de la prestation et celle qui exécute ladite prestation ne sont pas dans une situation de contrôle l'une par rapport à l'autre.

Là encore, la Commission semblait déjà s'être prononcée en faveur de l'application de l'exception in house à un tel cas⁽¹⁵⁾.

En outre, il est intéressant de relever la position de l'Avocat Général M.P. Mengozzi dans une affaire pendante devant la CJUE. En effet, il rappelle que « le fondement de l'exception prévue pour les attributions in house est précisément le fait que [...] il ne peut pas exister entre ces deux parties de relation contractuelle au sens strict, du fait de l'absence de "concours de deux volontés autonomes qui représentent des intérêts légitimes distincts", il s'agit au contraire de l'expression d'une seule et même "volonté unique" ».

Par conséquent, « il ne peut être satisfait à la condition que le contrat soit l'expression d'une volonté unique que dans le cas où les deux entités qui le concluent sont contrôlées de manière exclusive par la même administration ». Ainsi, il estime qu'en cas de contrôle analogue conjoint il « paraît difficile de considérer l'acte comme l'expression d'une volonté univoque », de sorte qu'« il faut exclure la possibilité d'étendre l'exception "in house" aux cas d'opérations horizontales conclues entre des parties sur lesquelles une administration exerce un contrôle analogue, tel que défini par la jurisprudence, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs »⁽¹⁶⁾.

On note à cet égard que l'article 17§2 de la Directive renvoie à l'application de l'article 17§1 et ne fait aucune référence à l'article 17§3, ce qui va dans le sens de l'analyse faite par l'Avocat Général ; les prestations intégrées horizontales ne s'appliqueraient ainsi que dans le cas d'un contrôle analogue classique et non d'un contrôle conjoint. Il sera intéressant de voir la position qu'adoptera la CJUE dans cette affaire.

(14) 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 »), du 4 octobre 2011 SEC [2011] 1169 final, par la DG Marchés Intérieur et Services, point 3.2.4.

(15) *Ibidem*.

(16) Conclusions, Avocat Général Mengozzi, 23 janvier 2014, Datenlotsen Informationssysteme GmbH, aff. C-15/13, points 41 à 45.

La notion de contrôle analogue conjoint : les arrêts ASEMFO et Coditel Brabant

La Cour a reconnu la possibilité que plusieurs autorités publiques exercent un contrôle analogue sur une entité qu'elle détienne ensemble, et ce quand bien même certaines de ces autorités publiques détiennent seulement 0,25 % du capital^[17], la Cour jugeant que le contrôle en cause « peut être exercé conjointement »^[18] et n'exigeant pas « que le contrôle exercé sur la société adjudicataire dans un tel cas soit individuel »^[19].

Récemment, elle a pondéré sa jurisprudence en précisant que le contrôle exercé « 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 ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint » ; ainsi, la condition du contrôle analogue est remplie « lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de ladite entité »^[20].

En droit interne, le Conseil d'État s'est prononcé dans la continuité de la jurisprudence Econord, en jugeant « que pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit participer non seulement à son capital mais également aux organes de direction de cette société »^[21]. Il juge ainsi que la commune ne disposait pas d'un contrôle analogue sur une société publique locale aux motifs, notamment, qu'elle était seulement « détentrice de 1,076 % du capital de la SPLAAD », « ne dispos[ait] pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration [...] et n'y a[vait] voie délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires »^[22].

Là encore, la directive entérine, en l'assouplissant, la notion de contrôle analogue conjoint définie par la jurisprudence.

En effet, une précision importante est apportée s'agissant de la représentation des entités au sein de la personne contrôlée : « une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants [...] où l'ensemble d'entre eux ».

Cette mention pourrait venir contrer directement les jurisprudences récentes qui semblaient proscrire le système de l'assemblée spéciale et imposer que chaque membre de l'entité contrôlée participe à ses organes de direction.

En outre, la version finale de la directive s'agissant du critère tenant à la nécessité pour l'entité contrôlée de ne pas poursuivre des « intérêts contraires à ceux des pouvoirs

adjudicateurs [...] qui la contrôlent », est plus souple que la version initiale qui faisait référence à la notion d'« intérêts distincts », notion à l'évidence plus restrictive.

Enfin, on note que les assouplissements relatifs à la notion de contrôle analogue touchant à la détention capitalistique et au pourcentage d'activité évoqué ci-avant sont également applicables en cas de contrôle analogue conjoint.

Pour être complet, on relèvera que la directive a conservé la terminologie de « contrôle analogue » au lieu et place du terme « contrôle semblable » proposé par la Commission.

La coopération entre entités publiques

La Cour a jugé que n'entraîne pas dans le champ des directives le contrat qui « instaure une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public »^[23] dès lors que ce contrat est conclu « exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée, qu'aucun prestataire privé [n'est] placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et que la coopération qu'ils instaurent [est] uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public »^[24].

Inversement, cette exception ne s'aurait s'appliquer à une coopération qui « ne parait pas assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune » aux personnes en cause^[25].

En droit interne, le Conseil d'État a validé l'exercice en commun de missions de service public « à la condition que cette entente ne permette pas une intervention à des fins lucratives de l'une de ces personnes publiques, agissant tel un opérateur sur un marché concurrentiel »^[26].

La directive reprend cette faculté de coopération pour l'exercice en commun de services publics, en l'assouplissant toutefois, en ce qu'elle vise des « pouvoirs adjudicateurs » (ce qui inclus des entités composées de personnes privées) lesquels sont autorisés, en outre, tout en inscrivant leur coopération uniquement dans des « considérations d'intérêts publics », à réaliser « sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération ».

Par ailleurs, son préambule précise que « cette coopération pourrait porter sur tout types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités » des pouvoirs adjudicateurs. Surtout, « il n'est pas nécessaire que les services fournis [...] soient identiques ; ils pourraient être complémentaires ».

L'Avocat Général Mengozzi soulignait « qu'une exception de ce genre suppose par essence que les paiements prévus [...] doivent se limiter aux frais et débours

[17] CJCE 19 avril 2007, ASEMFO, aff. C-295/05, points 28 et 65.

[18] CJCE 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA, aff. C-324/07, point 50.

[19] CJCE 10 septembre 2009, Sea Srl, aff. C-573/07, point 55.

[20] CJUE 29 novembre 2012, Econord SpA, aff. C-182/11 et C-183/11, points 30 et 33.

[21] CE 6 novembre 2013, Cne de Marsannay-la-Côte, req. n° 365079.

[22] *Ibidem*.

[23] CJCE G. Ch., 9 juin 2009, Commission c/ Allemagne, aff. C-480/06.

[24] CJUE G. Ch., 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce (ASLL), aff. C-159/11, point 35.

[25] CJUE 29 juin 2013, Consiglio Nazionale Degli Ingegneri, aff. C-352/12, point 46.

[26] CE 3 février 2012, Cne de Veyrier-du-Lac, req. n° 353737, CP-ACCP, n° 121, mai 2012, p. 90, note G. Le Chatelier.

effectivement soutenus pour fournir le service »^[27]. Il conviendra de voir la position éventuelle de la Cour. En tout état de cause, la porte est désormais ouverte à la coopération publique.

Conclusion

Dès lors que les prescriptions imposées par le droit interne en matière de délégations de service public (DSP) seraient moins contraignantes que celles imposées par la directive, la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 devra être modifiée, notamment sur la notion de in house.

[27] *Ibidem* note 16.

On peut, en outre, s'interroger sur la portée de ces exceptions revisitées sur les sociétés publiques locales (SPL) et les SEM locales, qui ont connu un fort développement en France.

Rappelons que les SPL bénéficient du régime in house dès lors qu'elles sont composées exclusivement de collectivités territoriales et qu'elles exercent une activité uniquement pour le compte de ceux-ci. Les SEM, quant à elles, relèvent du champ concurrentiel.

Il apparaît toutefois risqué, en l'état, d'assouplir le régime des SPL, aujourd'hui sécurisé sur le plan juridique, tout comme il semble délicat de prévoir la possibilité pour certaines SEM qui répondent aux conditions de la directive de se voir confier une DSP hors de toute mise en concurrence en créant ainsi deux régimes de SEM.

En tout état de cause, aujourd'hui comme demain, l'application de l'exception in house ne pourra résulter que d'un examen *in concreto* des faits de l'espèce.