

Les marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée

Parmi les hypothèses d'exonération des règles de publicité et de mise en concurrence figure l'hypothèse des marchés attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée. Quelles sont les caractéristiques de cette notion d'« entreprise liée » ? Comment apprécier le pourcentage d'activité exercé pour le compte de l'entité adjudicatrice ? Quels sont les points de vigilance... ?

Comparable à l'exception du « in house » ou de la « quasi-régie », l'hypothèse des entreprises liées autorise les entités adjudicatrices à conclure des contrats de la commande publique en s'exonérant des règles de publicité et de mise en concurrence, précisément parce que les parties aux contrats projetés entretiennent des relations commerciales étroites.

Consécration de l'exclusion d'entreprise liée

Déjà consacrée en 1993 et 2004 par le législateur de l'Union européenne⁽¹⁾, l'exception d'entreprise liée a été reprise par les directives de 2014 sur l'attribution des marchés publics⁽²⁾ et sur celle des concessions⁽³⁾. L'instauration de ce régime particulier, réservé aux seules entités adjudicatrices, permet de satisfaire une certaine stabilité des relations commerciales entre les acheteurs exerçant des activités d'opérateurs de réseaux et des entreprises dites « liées » à ces derniers. À cet égard, on rappellera que les opérateurs de réseaux exercent dans les secteurs d'activités dits « spéciaux » lesquels recouvrent les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux. Cette souplesse textuelle consacre ainsi la particularité du mode de fonctionnement des secteurs spéciaux sans toutefois les écarter des marchés concurrentiels.

(1) Article 13 de la directive 93/38/CEE du 14 juin 1993 du Conseil ; article 63 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du conseil du 31 mars 2004.

(2) Article 29 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

(3) Article 13 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

Auteur

Anna Véran
Avocate à la Cour
Cabinet Seban & Associés

Transposition en droit interne

S'agissant des marchés publics⁽⁴⁾, l'exception relative aux entreprises liées, codifiée à l'article L. 2511-7 du Code de la commande publique, est encadrée en ces termes :

« Sont soumis aux règles définies au titre II les marchés publics qui, d'une part, sont conclus par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée ou par un organisme exclusivement constitué par plusieurs entités adjudicatrices en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseaux avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices et, d'autre part, présentent les caractéristiques suivantes :

1° Les marchés publics de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de services avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ;

2° Les marchés publics de fournitures lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de fournitures avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée ;

3° Les marchés publics de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du marché au moins 80 % de son chiffre d'affaires moyen en matière de travaux avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée.

Lorsque l'entreprise liée a été créée ou a commencé à exercer son activité moins de trois ans avant l'année de passation du marché public, elle peut se borner à démontrer, notamment par des projections d'activités, que la réalisation de son chiffre d'affaires dans les conditions prévues aux 1°, 2° et 3° ci-dessus est vraisemblable.

Lorsque des services, des fournitures ou des travaux, identiques ou comparables, sont fournis par plus d'une entreprise liée à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80 % mentionné ci-dessus est apprécié en tenant compte de la totalité des services, des fournitures ou des travaux fournis par ces entreprises ».

Il résulte de ces dispositions que l'exemption peut être mise en œuvre par les seules entités adjudicatrices⁽⁵⁾ pour des marchés publics conclus en matière de services, fournitures ou travaux⁽⁶⁾ avec des opérateurs économiques ayant réalisé, sur les trois années précédant

la passation, au moins 80 % de leur chiffre d'affaires au profit de l'entité adjudicatrice, dans la matière concernée par le marché public projeté.

L'exclusion des entreprises liées est comparable à celle de la quasi-régie. On remarquera toutefois que les conditions pour en bénéficier sont bien plus souples que celles permettant de caractériser une situation de quasi-régie.

Notion d'entreprise liée

L'opérateur est considéré comme étant lié à l'entité adjudicatrice, au sens de l'article L. 2511-8 du Code de la commande publique, notamment dans les quatre hypothèses suivantes :

- les comptes annuels de l'entreprise sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice ;
- l'entreprise est susceptible d'être, directement ou indirectement, soumise à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice ;
- l'entreprise est susceptible d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice ;
- l'entreprise est soumise à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice.

On précisera que l'influence dominante est réputée constituée lorsque l'entité adjudicatrice détient la majorité du capital, dispose de la majorité des droits de vote ou peut désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance⁽⁷⁾.

En pratique, ces quatre hypothèses traduisent deux situations : la première hypothèse renvoie à la situation dans laquelle deux entreprises font partie d'un seul et même groupe, les comptes annuels de la filiale étant consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice. Les trois autres hypothèses, déterminées en fonction de l'influence dominante, renvoient quant à elles à la définition de l'entreprise publique.

À titre d'illustration, en matière de transports routiers, l'Autorité des transports relève qu'entre les années 2015 et 2019, les sociétés concessionnaires d'autoroutes des groupes Vinci et Eiffage ont attribué 29 % de montant de leurs marchés de travaux à leurs filiales⁽⁸⁾.

Certaines entités ne peuvent en revanche pas bénéficier de l'exception de l'article L. 2511-7 du Code de la commande publique. En effet, toujours dans le secteur des transports, l'exception des entreprises liées ne peut être appliquée pour les marchés et concessions de travaux⁽⁹⁾ conclus par les concessionnaires d'aéro-

(4) S'agissant des contrats de concessions, les articles L. 3211-7 et -8 du Code de la commande publique organisent l'exception des entreprises liées dans des termes similaires.

(5) Ce qui suppose que le contrat en question réponde effectivement à un besoin en rapport avec l'activité de réseau.

(6) Sous l'empire de la directive 93/38/CEE, l'exception d'entreprise liée n'était applicable que pour les seuls marchés de services.

(7) Conformément à l'article L. 1212-2 du Code de la commande publique.

(8) Autorité de régulation des transports, Rapport annuel pour l'exercice 2019, *Les marchés et contrats passés par les sociétés concessionnaires d'autoroutes*.

(9) Les contrats de fournitures et de services ne sont pas concernés par cette exception.

port, conformément à l'article L. 6323-4, 11° du Code des transports. Ainsi pour tous les contrats de travaux conclus par les concessionnaires aéroportuaires, les procédures de publicité et de mise en concurrence doivent être observées.

Condition du pourcentage d'activité exercé pour le compte de l'entité adjudicatrice

Les hypothèses énumérées à l'article L. 2511-8 précité ne sont, en tout état de cause, pas suffisantes pour bénéficier de l'exemption d'entreprise liée. En effet, ces dispositions doivent être lues en combinaison avec l'article L. 2511-7 du Code de la commande publique. Précisément, l'article L. 2511-7 précité impose que l'entreprise ait réalisé, sur les trois années précédant la conclusion du contrat, au moins 80 % de son activité, dont la nature correspond à l'objet du marché concerné, avec l'entité adjudicatrice. On précisera que lorsque des services, fournitures ou travaux comparables sont fournis par plusieurs entreprises liées à l'entité adjudicatrice, le pourcentage de 80 % doit être apprécié en fonction de la totalité des services, fournitures ou travaux fournis par ces opérateurs.

La fixation de ce pourcentage fait d'ailleurs écho aux conditions de la quasi-régie, lesquelles exigent que la personne morale contrôlée réalise plus de 80 % de son chiffre d'affaires dans le cadre des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur^[10].

L'article L. 2511-7 prévoit également l'hypothèse dans laquelle l'opérateur a commencé à exercer son activité moins de trois années avant la conclusion du contrat. Dans ce cas, l'opérateur peut tout de même bénéficier de l'exemption s'il peut démontrer, notamment par des projections d'activités, que l'atteinte du seuil des 80 % de son chiffre d'affaires réalisé pour l'entité adjudicatrice est vraisemblable.

Passation des marchés conclus entre entités adjudicatrices et entreprises liées – points de vigilance

En pratique, la volonté d'attribution d'un contrat de la commande publique dans le cadre de cette exception suppose de s'interroger, en tout premier lieu, sur la qualité des parties au contrat projeté.

L'entité opère-t-elle véritablement en tant qu'entité adjudicatrice ? Elle ne peut, en effet, être regardée comme agissant en cette qualité que pour les seuls marchés qu'elle conclut en lien avec son activité d'opérateur de

réseau^[11]. Et, lorsque l'acheteur conclut un même marché portant sur des travaux, fournitures ou services visant à satisfaire ses besoins à la fois en tant qu'entité adjudicatrice et au titre d'autres activités, l'article L. 2000-5 du Code de la commande publique prévoit que le droit applicable est déterminé en fonction de l'activité principale du contrat. En cas d'impossibilité de déterminer l'activité principale du marché, celui-ci est alors soumis à la réglementation applicable aux pouvoirs adjudicateurs et ne pourra ainsi bénéficier de l'exception d'entreprise liée.

Ensuite, il convient de vérifier que les conditions fixées aux articles L. 2511-7 et L. 2511-8 précités sont réunies (pourcentage d'activité dédié à l'entité adjudicatrice ; influence dominante et/ou consolidation de leurs comptes).

La caractérisation de ces qualifications n'exclut toutefois pas totalement les marchés bénéficiant du régime des entreprises liées du champ d'application du Code de la commande publique.

En effet, si l'exception d'entreprise liée vise à simplifier significativement la vie commerciale des groupes d'entreprises, les contrats qui sont conclus à ce titre demeurent des contrats de la commande publique soumis aux grands principes en la matière^[12] et à certaines dispositions du code éponyme.

À cet égard, l'article L. 2511-7 précité prévoit que les contrats attribués par des entités adjudicatrices à des entreprises liées sont soumis aux règles définies aux articles L. 2521-1 et suivants du code, à savoir les règles qui sont, en tout état de cause, applicables aux « autres marchés »^[13].

Il résulte de ces dispositions que l'entité adjudicatrice souhaitant attribuer un marché à une entreprise liée devra respecter la réglementation en matière de :

- délais de paiements : ces délais varient en fonction de la qualité de l'entité adjudicatrice (pouvoir adjudicateur, entreprise publique, organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs)^[14] ;
- sous-traitance : certaines dispositions de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance sont applicables. Notamment, le sous-traitant agréé dispose de l'action directe à l'encontre de l'entité adjudicatrice, il n'a en revanche pas de droit au paiement direct (le titre II de ladite loi n'étant pas applicable)^[15] ;

[11] CJCE 16 juin 2005, Strabag et Kostmann, aff. C-462/03 et C-463/03.

[12] CE 15 décembre 2017, Syndicat mixte de l'aéroport de Lannion, req. n° 413193.

[13] Notamment les marchés passés sous le régime de la quasi-régie, des coopérations entre acheteurs, etc., à l'exception de ceux portant sur le service public de transport de voyageurs par chemin de fer.

[14] CCP, art. L. 2521-1 qui renvoie aux articles L. 2192-10 à L. 2192-15 du même code.

[15] CCP, art. L. 2521-2 qui renvoie aux titres I^{er} et III de la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

[10] Ainsi que le prévoit l'article L. 2511-1 du Code de la commande publique.

– résiliation : les contrats de droit public bénéficiant de l'exemption peuvent être résiliés dans les conditions fixées aux articles L. 2195-1 et suivants du Code de la commande publique, tandis que les marchés de droit privé conclus également dans le cadre de l'exception d'entreprise liée suivent les prescriptions du Code civil⁽¹⁶⁾ ;

– règlement alternatif des différends : les dispositions du Code de la commande publique en la matière sont applicables. On relèvera toutefois que les comités consultatifs nationaux ou locaux de règlement amiable ne sont pas compétents dans le cadre de l'exécution des « autres marchés », en ce compris les contrats conclus avec une entreprise privée⁽¹⁷⁾ ;

– facturation électronique⁽¹⁸⁾.

Les entités adjudicatrice souhaitant préparer la passation d'un contrat sous le régime des entreprises liées devront ainsi prévoir des stipulations en conformité avec ces différentes réglementations.

Enfin, on signalera que, conformément à l'article L. 1414-2 du Code général des collectivités territoriales, la commission d'appel d'offres est compétente pour attribuer les marchés publics lorsqu'ils sont passés selon une procédure formalisée et dont la valeur estimée est égale ou supérieure aux seuils européens. En conséquence, pour les marchés publics attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée, la commission d'appel d'offres n'est, en conséquence, jamais compétente.

(16) CCP, art. L. 2521-3.

(17) CCP, art. L. 2521-4.

(18) CCP, art. L. 2521-5.

L'hypothèse des coentreprises

L'exemption des entreprises liées n'est pas le seul outil dont peuvent se saisir les entités adjudicatrices. En effet, la grande souplesse dont jouissent ces entités s'illustre également dans le cadre de l'exclusion des coentreprises, prévue par l'article L. 2511-9 du Code de la commande publique pour les marchés publics et L. 3211-9 du même code s'agissant des concessions.

Dans une perspective similaire à celle des entreprises liées, les règles de la commande publique ne sont pas applicables aux marchés publics conclus par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs activités d'opérateur de réseaux avec l'une de ces entités adjudicatrices ou encore aux marchés conclus par une entité adjudicatrice avec un tel organisme si ce dernier :

– a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans ;

– a prévu, aux termes de ses statuts, que les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont membres au moins pendant trois ans.

À la différence de l'exclusion des entreprises liées, le lien est, dans cette hypothèse, vertical : la coentreprise est constituée exclusivement d'entités adjudicatrices. Aussi, le code ne prévoit aucune condition en termes d'intensité de contrôle qui serait exercé par l'entité adjudicatrice.

Ces deux exemptions spécifiques aux entités adjudicatrices constituent une illustration supplémentaire de la faculté d'adaptation de la commande publique aux différents secteurs d'intervention concurrentiels. En l'occurrence, ces deux exclusions répondent à un besoin de souplesse juridique dans les relations interorganiques propres aux secteurs spéciaux.