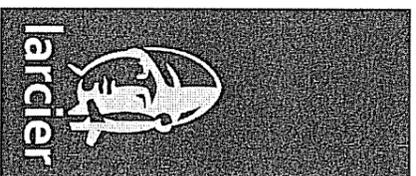




## Sommaire

Bureau de dépôt : Louvain 1  
Hebdomadaire, sauf juillet et août  
ISSN 0021-812X  
P301031



**Journal**  
des  
**tribunaux**

<http://jt.larcier.be>  
2007 - 133<sup>e</sup> année  
1 - N<sup>o</sup>  
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

v. 02.01.14

Doctrine

# Les coopérations entre pouvoirs publics exemptées du droit des marchés et contrats publics : consécration par le droit dérivé de l'Union européenne

Tout contrat à titre onéreux ayant pour objet des travaux, des fournitures ou des services commandés par un pouvoir public (ou, plus exactement, un « pouvoir adjudicateur ») est un marché public ou un contrat soumis une obligation de mise en concurrence. Dans la pureté des principes, cette règle s'applique même lorsque la partie qui exécute la commande publique est elle-même un pouvoir adjudicateur.

Afin d'éviter que la rigueur de cette règle ne remette en cause les nombreux modes de coopération entre pouvoirs publics en place dans les États membres (par exemple, le service fourni contre rémunération par une intercommunale à ses communes), la Cour de justice a élaboré à partir de son arrêt *Teckal* (1999) une jurisprudence d'exemption, en dehors de toute base juridique expresse dans le droit dérivé des marchés publics (directives de 2004).

Le législateur européen a récemment adopté trois directives (2014), qui sont appelées à remplacer le droit dérivé actuel. Ces directives consacrent dans le droit dérivé des marchés publics les exemptions dégagées par la Cour. Cette consécration revêt dès à présent un intérêt pour l'application du droit actuel et est examinée par le présent texte.

1. Les « nouvelles directives » en matière de marchés publics et de concessions adoptées et publiées il y a quelques mois<sup>1</sup> nous donnent l'occasion de compléter le triptyque entamé dans la présente revue il y a plus de dix ans, au sujet de la coopération verticale (*in house*) et la coopération horizontale.

La première est une forme de coopération entre pouvoirs adjudicateurs où, notamment, un de ces pouvoirs adjudicateurs exerce un contrôle sur les autres, qu'il soit analogue (n<sup>o</sup> 6) ou de type hiérarchique.

La seconde est une coopération entre pouvoirs adjudicateurs, où aucun des pouvoirs adjudicateurs participants n'exerce de contrôle sur les autres (n<sup>o</sup> 11). Le qualificatif « horizontale » a été retenu pour démarquer cette forme de coopération de la coopération verticale et souligner que les pouvoirs adjudicateurs participants à la coopération horizontale sont en quelque sorte égaux entre eux.

2. Si, dans un premier temps, « l'enfer » semblait promis aux modes traditionnels de gestion des services publics qui recourent à la coopération entre pouvoirs adjudicateurs (ce que nous avons

(1) À savoir respectivement : directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession; 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; 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. Elles ont toutes trois été publiées au *J.O.U.E.* L 94 du 28 mars 2014 (resp. pp. 1 et s., pp. 65 et s. et pp. 243 et s.)



Le contrôle analogue était en outre exclu lorsqu'une entreprise privée avait une participation, même minoritaire, dans le capital de l'entité contrôlée<sup>17</sup>.

7. Le législateur européen conserve la condition du « contrôle analogue »<sup>18</sup> et celle de « l'essentiel de l'activité »<sup>19</sup>, et érige l'absence de participation privée en une troisième condition distincte<sup>20</sup>, celles-ci restant cumulatives<sup>21</sup>.

On verra cependant ci-dessous que la condition de « l'essentiel de l'activité » et l'absence de participation privée sont modalisées (n° 14 et n° 17).

#### D. Coopération verticale $\neq$ Contrôle analogue

8. La condition du « contrôle analogue » n'est pas substantiellement modifiée ni entièrement définie. La jurisprudence de la Cour de justice reste dès lors utile pour l'analyse de cette condition.

Les nouvelles directives contiennent une présomption — sans toutefois préciser si elle est irréfragable — de contrôle analogue : « 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 »<sup>22</sup>, reprenant une solution dégagée par la Cour de justice<sup>23</sup>.

9. L'admissibilité du contrôle analogue « conjoint »<sup>24</sup> n'est pas neuve non plus<sup>25</sup>. Le législateur européen ayant cependant apporté une précision à cet égard (n° 13).

10. À titre presque anecdotique, il convient de noter que la version française des propositions de directives initiales parlait de « contrôle semblable à celui que le pouvoir adjudicateur exerce sur ses propres services »<sup>26</sup>, plutôt que de « contrôle analogue, etc. ».

Au cours des travaux préparatoires, la terminologie consacrée par la Cour de justice a été reprise<sup>27</sup>, mais pas partout : quelques occur-

rences de « contrôle semblable » demeurent dans le texte définitif de la directive 2014/25/UE<sup>28</sup>. Elles sont évidemment à considérer comme synonymes du contrôle analogue.

#### E. Coopération horizontale $\neq$ Mission de service public commune et considérations exclusivement d'intérêt public

11. D'origine plus récente<sup>29</sup>, la jurisprudence en matière de coopération horizontale a été synthétisée il y a peu par la Cour de justice : « Il s'agit ... des 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. Dans cette hypothèse, les règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ne sont pas applicables pour autant que de tels contrats soient conclus exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée, qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et que la coopération qu'ils instaurent soit uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. L'ensemble des critères susmentionnés sont cumulatifs, de sorte qu'un marché entre entités publiques ne saurait sortir du champ d'application du droit de l'Union en matière de marchés publics au titre de cette exception que si le contrat qui constate ce marché satisfait à tous ces critères » (nous soulignons)<sup>30</sup>.

Le texte final des nouvelles directives intègre certaines de ces précisions (il s'agit de celles qui sont soulignées ci-dessus) et ne change donc rien à cet égard, même si la rédaction de la première condition laisse à désirer : « 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 [31]; b) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public; c) ... »<sup>32</sup>.

point 38; C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-08585, points 58 et 62; C.J.C.E., 20 octobre 2005, *Commission c. France*, C-264/03, point 50; C.J.C.E., 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-29/04, Rec., p. I-09705, point 34; C.J.C.E., 12 janvier 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec., p. I-03303, point 24; C.J.C.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, Rec., p. I-04137, point 33; C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Auroux* *é.a.*, C-220/05, Rec., p. I-385, point 63; C.J.C.E., 19 avril 2007, *Asemfo* *c. Tragsa*, C-295/05, Rec., p. I-02999, point 55; C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, C-220/06, Rec., p. I-12175, point 58; C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec., p. I-02173, point 36; C.J.C.E., 10 avril 2008, *Memoraggi*, C-323/07, Rec., p. I-00057, point 18; C.J.C.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, C-371/05, Rec., p. I-00110, point 22; C.J.C.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, point 26; C.J.C.E., 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-04747, point 34; C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-08127, point 36; C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Mehiläinen et Teneystalo Healthcare*, C-215/09, Rec., p. I-013749, point 32.

(17) C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec., p. I-00001, point 49; C.J.C.E., 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-29/04, Rec., p. I-09705, point 46; C.J.C.E., 12 janvier 2006, *ANAV*, C-410/04, Rec., p. I-03303, point 31; C.J.C.E., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Agusta)*, C-337/05, Rec., p. I-02173, point 38; C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-08127, point 46; C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Acosef*, C-196/08, Rec., p. I-09913, point 53; C.J.U.E., 22 décembre 2010, *Mehiläinen et Teneystalo Healthcare*, C-215/09, Rec., p. I-013749, point 32. Cf. également : C.J.C.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, point 30; C.J.C.E., 21 juillet 2005, *Coname*, C-231/03, Rec., p. I-07287, point 26.

(18) Article 12.1, alinéa 1<sup>er</sup>, a), de la directive 2014/24/UE; article 17.1, alinéa 1<sup>er</sup>, a), de la directive 2014/23/UE; article 28.1, alinéa 1<sup>er</sup>, a), de la directive 2014/25/UE.

(19) Article 12.1, alinéa 1<sup>er</sup>, b), de la directive 2014/24/UE; article 17.1, alinéa 1<sup>er</sup>, b), de la directive 2014/23/UE; article 28.1, alinéa 1<sup>er</sup>, b), de la directive 2014/25/UE.

(20) Article 12.1, alinéa 1<sup>er</sup>, c), de la directive 2014/24/UE; article 17.1, alinéa 1<sup>er</sup>, c), de la directive 2014/23/UE; article 28.1, alinéa 1<sup>er</sup>, c), de la directive 2014/25/UE.

(21) Cf. les mots « lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies » (article 12.1, alinéa 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/24/UE; article 17.1, alinéa 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/23/UE; article 28.1, alinéa 1<sup>er</sup>, de la directive 2014/25/UE).

(22) Article 12.1, a), alinéa 2, première phrase, de la directive 2014/24/UE; article 17.1, a), alinéa 2, première phrase, de la directive 2014/23/UE; article 28.1, a), alinéa 2, première phrase, de la directive 2014/25/UE.

(23) C.J.C.E., 13 octobre 2005, *Parking Brixen*, C-458/03, Rec., p. I-08585, point 65; C.J.C.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, Rec., p. I-04137, point 36; C.J.C.E., 17 juillet 2008, *Commission c. Italie (Mantoue)*, C-371/05, Rec., p. I-00110, point 24; C.J.C.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, point 28; C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-08127, point 65.

(24) Article 12.3 de la directive 2014/24/UE; article 17.3 de la directive 2014/23/UE; article 28.3 de la directive 2014/25/UE.

(25) C.J.C.E., 19 avril 2007, *Asemfo* *c. Tragsa*, C-295/05, Rec., p. I-02999, point 62; C.J.C.E., 13 novembre 2008, *Coditel Brabant*, C-324/07, Rec., p. I-08457, points 44-45; C.J.C.E., 10 septembre 2009, *Sea*, C-573/07, Rec., p. I-08127, points 55-61; C.J.U.E., 29 novembre 2012, *Econord*, C-182/11 et C-183/11, non encore publié au Recueil, points 28-33.

(26) Article 11.1, c), de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics (secteurs classifiés) (COM (2011) 0896 final); article 21.1, (c), de 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 (COM (2011) 0895 final).

(27) Article 12.1, alinéa 1<sup>er</sup>, a), de la directive 2014/24/UE; article 17.1, alinéa 1<sup>er</sup>, a), de la directive 2014/23/UE; article 28.1, alinéa 1<sup>er</sup>, a), de la directive 2014/25/UE.

(28) Cf. article 28.1, alinéa 2, première phrase, et article 28.3, a), de la directive 2014/25/UE.

(29) La coopération horizontale n'avait fait l'objet que d'un seul arrêt de la Cour de justice (C.J.C.E., 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-04747) lors de l'adoption des propositions de directives initiales, le 20 décembre 2011 (COM (2011) 0896 final et COM (2011) 0895 final).

(30) C.J.U.E., 13 juin 2013, *Pipenbrock Dienstleistungen GmbH & co KG*, C-386/11, non encore publié au Recueil, points 36-38. Jurisprudence constante (formulation identique) : C.J.U.E., 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, C-159/11, non encore publié au Recueil, points 34-36; C.J.U.E., 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Comune di Castelvecchio Subequo*, C-352/12, non encore publié au Recueil, points 43-45. Cf. également : C.J.U.E., 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-04747, points 44 et 47.

(31) La formulation retenue par la Cour de justice (cf. note de bas de page précédente) est bien plus claire : « 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 ».

(32) Article 12.4, a) et b), de la directive 2014/24/UE; article 17.4, a) et b), de la directive 2014/23/UE; article 28.4, a) et b), de la directive 2014/25/UE.

**Doctine**

En revanche, comme on le verra ci-dessous, l'interdiction de toute participation privée a été abandonnée par le législateur européen. En outre, une exigence de seuil a été ajoutée<sup>33</sup>.

**2** Précisions et assouplissements

A. Coopération verticale — Contrôle analogue « indirect »

12. Les nouvelles directives précisent que le contrôle analogue « peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur »<sup>34</sup>. Ceci revient à admettre l'existence d'un contrôle analogue « indirect », situation à propos de laquelle la Cour n'avait pas eu l'occasion de se prononcer.

B. Coopération verticale  $\neq$  Contrôle analogue « conjoint »  $\neq$  Précision concernant l'arrêt *Econord*

13. Dans son arrêt *Econord*, la Cour de justice a jugé que le contrôle analogue conjoint (n° 9) peut être admis à la condition que chacun des pouvoirs adjudicateurs exerçant ledit contrôle « participe tant au capital [de l'entité contrôlée] qu'aux organes de direction de ladite entité »<sup>35</sup>.

Les nouvelles directives reprennent cette solution, en précisant que le contrôle analogue conjoint est admis « 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<sup>36</sup>, 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<sup>37</sup>; et iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent »<sup>38</sup>.

Cette disposition appelle deux observations.

D'une part, la précision selon laquelle, en cas de contrôle conjoint, une « même personne [peut] représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux » est neuve, et résout un point non tranché par l'arrêt *Econord*<sup>39</sup>.

D'autre part, la condition selon laquelle l'entité soumise à un contrôle analogue conjoint ne peut poursuivre des « intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent » est également neuve. Les propositions de directives initiales prévoyaient que l'entité contrôlée ne pouvait pas poursuivre des « intérêts distincts de ceux des pouvoirs publics auxquels elle est liée »<sup>40</sup>. Les mots « intérêts distincts de » ont été remplacés par les mots « intérêts contraires à » au motif que « les filiales sont souvent créées en vue de poursuivre des intérêts qui vont au-delà de ceux de l'entité qui contrôle. Il devrait donc suffire que les intérêts ne soient pas contradictoires »<sup>41</sup>.

(33) *Infra*, 2.

(34) Article 12.1, a), alinéa 2, deuxième phrase, de la directive 2014/24/UE; article 17.1, a), alinéa 2, deuxième phrase, de la directive 2014/23/UE; article 28.1, a), alinéa 2, deuxième phrase, de la directive 2014/25/UE.

(35) C.J.U.E., 29 novembre 2012, *Econord*, C-182/11 et C-183/11, non encore publié au Recueil.

(36) Condition qui reprend la solution de l'arrêt *Econord* (cfr note de bas de page précédente) et n'apporte donc rien de nouveau.

(37) Condition qui reprend la définition du contrôle analogue adoptée par la Cour de justice (cfr n° 6 dans le corps de texte) et n'apporte donc rien de nouveau.

(38) Article 12.3, alinéa 2, de la directive 2014/24/UE; article 17.3, alinéa 2, de la directive 2014/23/UE;

article 28.3, alinéa 2, de la directive 2014/25/UE.

(39) C.J.U.E., 29 novembre 2012, *Econord*, C-182/11 et C-183/11, non encore publié au Recueil. En vertu du pacte d'actionnaires évoqué dans cet arrêt, trente-six communes minoritaires disposaient du droit de désigner ensemble un administrateur et étaient donc représentées au sein de l'organe de gestion de la société commune. La Cour s'était gardée de confirmer si elles disposaient des lors d'un contrôle analogue envers cette dernière. En revanche, l'avocat général Cruz Villalón avait notamment estimé, dans son avis précédant l'arrêt, que la concentration de trente-six actionnaires précitées ne pouvait influencer la gestion de la société (cfr notamment, points 52-55).

(40) Article 11.3, alinéa 2, (c), de la proposition de directive du Parlement

C. Coopération verticale  $\neq$  Condition de l'essentiel des activités  $\neq$  Seuil de « plus de 80% »

14. Pour que la coopération verticale soit admise, la Cour de justice exigeait que deux conditions cumulatives soient remplies : d'une part, l'autorité publique devait exercer « sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services »<sup>42</sup> d'autre part l'entité contrôlée devait réaliser « l'essentiel de son activité avec la ou les [autorités publiques] qui la détiennent » (n° 6).

La Cour de justice justifiait la condition de « l'essentiel de l'activité » comme suit : « L'exigence que la personne en cause réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent a particulièrement pour objet de garantir que la directive [sur les marchés publics concernés] demeure applicable dans le cas où une entreprise contrôlée par une ou plusieurs collectivités est active sur le marché, et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises. En effet, une entreprise n'est pas nécessairement privée de liberté d'action du seul fait que les décisions la concernant sont contrôlées par la collectivité qui la détient, si elle peut encore exercer une partie importante de son activité économique auprès d'autres opérateurs »<sup>42</sup>.

15. La Cour avait par ailleurs jugé que l'article 13 de la directive 93/38/CEE (secteurs spéciaux) qui prévoyait que cette directive ne s'appliquait pas aux marchés de services passés auprès d'une entreprise liée « lorsque 80% au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé dans la Communauté au cours des trois dernières années en matière de services provient de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée », ne pouvait être appliqué par analogie pour déterminer si la condition relative à l'essentiel de l'activité était remplie<sup>43</sup>.

Le législateur européen a quant à lui préféré préciser la condition de « l'essentiel de l'activité » par un seuil, fixé à « plus de 80% » des activités de l'entité contrôlée<sup>44</sup> (les propositions de directives initiales prévoyaient un seuil de « au moins 90% »<sup>45</sup>).

16. Les nouvelles directives précisent en outre que ce pourcentage de « plus de 80% » : « 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 pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités »<sup>46</sup>.

D. Coopération verticale  $\neq$  Condition de l'absence de participation privée

17. Comme rappelé ci-dessus (n° 6), l'exception de la coopération verticale n'était pas admise par la Cour de justice si l'entité contrôlée

européen et du Conseil sur la passage des marchés publics (secteurs classiques) (COM (2011) 0896 final); article 21.3, alinéa 2, (c), de 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 (COM (2011) 0895 final).

(41) Amendement 534 de la directive 2014/24/UE (2011/0438(COD)).

(42) C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, Rec., p. I-04137, points 60-61. Cfr également : C.J.U.E., 18 décembre 2007, *Asociación Profesional de Empresas (Correos)*, C-220/06, Rec., p. I-12175, point 62.

(43) C.J.U.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, Rec., p. I-04137, points 50-57.

(44) Article 12.1, alinéa 1<sup>er</sup>, b), de la directive 2014/24/UE; article 17.1, alinéa 1<sup>er</sup>, b), de la directive 2014/23/UE; article 28.1, alinéa 1<sup>er</sup>, b), de la directive 2014/25/UE.

(45) Article 11.1, b), de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (COM (2011) 0895 final).

(46) Article 12.5 de la directive 2014/24/UE; article 17.5 de la directive 2014/23/UE; article 28.5 de la directive 2014/25/UE.

18  
13

1-

42  
43

n'était pas 100% publique; une participation privée, même minoritaire, dans le capital de l'entité contrôlée faisait obstacle au contrôle analogue.

Cette exclusion était justifiée par les considérations suivantes : « Il faut [...] relever tout d'abord que le rapport entre une autorité publique, qui est un pouvoir adjudicateur, et ses propres services est régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. En revanche, tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente. En second lieu, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé [par les directives sur les marchés publics], dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents »<sup>47</sup>.

**18.** Les nouvelles directives précisent que seule la « participation directe de capitaux privés » (lire : la prise de participation directe dans le capital de l'entité contrôlée par des opérateurs économiques privés) fait obstacle à la coopération verticale<sup>48</sup>. Le préambule de certaines des directives précise : « ... la participation privée directe dans le capital de la *personne morale contrôlée* constitue le seul élément déterminant. Par conséquent, le fait que le ou les *pouvoirs adjudicateurs de contrôle* comportent une participation de capitaux privés ne fait pas obstacle à l'attribution de marchés publics à la personne morale contrôlée, sans appliquer les procédures prévues par la présente directive étant donné que ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés »<sup>49</sup>.

La Cour de justice n'avait quant à elle pas eu l'occasion de se pencher sur cette question. En Belgique, ceci a par exemple pour conséquence qu'un marché ou un contrat à titre onéreux conclu entre une intercommunale mixte et sa filiale opérationnelle (contrôlée à 100% par l'intercommunale ou par d'autres pouvoirs adjudicateurs) pourra bénéficier de l'exception de la coopération verticale : la participation privée dans le capital de l'intercommunale est sans incidence à cet égard.

**19.** Les nouvelles directives ajoutent que la prise de participation directe dans le capital de l'entité contrôlée par des opérateurs économiques privés ne fait pas obstacle à l'admission de l'exception de la coopération verticale dans le cas de « 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 »<sup>50</sup>.

Puisque les exceptions à l'application du droit dérivé des marchés publics sont d'interprétation stricte<sup>51</sup>, le mot « requises » ne peut être compris comme signifiant « autorisées », mais uniquement « exigées » ou « imposées ». Les autres versions linguistiques des directives le confirment<sup>52</sup>, de même qu'un considérant des nouvelles directives : « ... eu égard aux caractéristiques particulières des organismes publics à adhésion obligatoire, tels que les organisations chargées de la gestion ou de l'exécution de certains services publics, cette règle ne devrait pas s'appliquer dans les cas où la participation d'opérateurs éco-

nomiques privés spécifiques dans le capital de la personne morale contrôlée est rendue *obligatoire* par une disposition législative nationale en conformité avec les traités, à condition que cette participation ne donne pas une capacité de contrôle ou de blocage et ne confère pas une influence décisive sur les décisions de la personne morale contrôlée » (nous soulignons)<sup>53</sup>.

En Belgique, cela signifie qu'une commune ne pourrait invoquer l'exception de la coopération verticale pour un marché ou un contrat qu'elle voudrait confier à « son » intercommunale mixte. La participation d'Electrabel ou d'un autre opérateur économique privé dans le capital de cette intercommunale n'est en effet pas « requise » par le droit belge, mais simplement « autorisée » par lui<sup>54</sup>.

**E. Coopération verticale « à l'envers » et coopération verticale « entre entités sœurs »**

**20.** Les nouvelles directives précisent que l'exception de la coopération verticale s'applique également lorsque c'est l'entité contrôlée qui attribue un marché (i) au(x) *pouvoir(s) adjudicateur(s)* qui la *contrôle(nt)* (« coopération verticale à l'envers ») ou (ii) à une autre entité contrôlée par *le(s) même(s) pouvoir(s) adjudicateur(s)*<sup>55</sup>; cette autre entité est en quelque sorte une « entité sœur » de l'entité contrôlée, pour reprendre la terminologie du droit des sociétés<sup>56</sup> (« coopération verticale entre entités sœurs »).

Ceci revient à admettre la coopération verticale dans des cas de figure à propos desquels la Cour de justice a récemment refusé d'admettre l'existence d'une coopération verticale, faute de contrôle analogue<sup>57</sup> : en effet, ni dans la « coopération verticale à l'envers » ni dans la « coopération verticale entre entités sœurs », l'entité qui confie les prestations contre rémunération n'exerce de contrôle analogue sur l'entité à laquelle elle confie ces prestations.

**F. Coopération horizontale / Participation privée admise si les autres conditions sont remplies**

**21.** Comme rappelé ci-dessus (n° 11), la jurisprudence en matière de coopération horizontale a récemment été synthétisée par la Cour de justice : « Il s'agit... des 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. Dans cette hypothèse, les règles du droit de l'Union en matière de marchés publics ne sont pas applicables pour autant que de tels contrats soient conclus exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée, qu'aucun prestataire privé ne soit placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et que la coopération qu'ils instaurent soit uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public. L'en-semble des critères susmentionnés sont cumulatifs, de sorte qu'un marché entre entités publiques ne saurait sortir du champ d'application du droit de l'Union en matière de marchés publics à titre de cette exception que si le contrat qui constate ce marché satisfait à tous ces critères » (nous soulignons)<sup>58</sup>.

(47) C.J.C.E., 11 janvier 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, Rec., p. I-00001, points 50-51; C.J.C.E., 10 novembre 2005, *Commission c. Autriche*, C-29/04, Rec., p. I-09705, points 47 et 48. Cf. également C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux* e.a. c. *Commune de Roanne*, C-220/05, Rec., p. I-00385, point 64; C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Acosef*, C-196/08, Rec., p. I-09913, point 56. Dans le même sens : conclusions de l'avocat général Kokott, précédant l'arrêt C.J.C.E., *Parking Brixen*, C-458/03, point 53.

(48) Article 12.1, alinéa 1<sup>er</sup>, c), de la directive 2014/24/UE; article 17.1, alinéa 1<sup>er</sup>, c), de la directive 2014/23/UE; article 28.1, alinéa 1<sup>er</sup>, c), de la directive 2014/25/UE.

(49) Considérant 32 de la directive 2014/24/UE; considérant 46 de la directive 2014/23/UE. Le préambule de la directive 2014/25/UE ne contient pas de précision similaire.

(50) Article 12.1, alinéa 1<sup>er</sup>, c), de la directive 2014/24/UE; article 17.1, alinéa 1<sup>er</sup>, c), de la directive 2014/23/UE; article 28.1, alinéa 1<sup>er</sup>, c), de la directive 2014/25/UE.

(51) C.J.C.E., 18 novembre 1999, *Teckal*, C-107/98, Rec., p. I-08121, point 43; C.J.C.E., 11 mai 2006, *Carbotermo*, C-340/04, Rec., p. I-04137, point 45; C.J.C.E., 18 janvier 2007, *Jean Auroux* e.a. c. *Commune de Roanne*, C-220/05, Rec., p. I-00385, point 59.

(52) Par exemple, en allemand : *Vorgeschrieben* / anglais : *required* / en italien *prescritte* / en espagnol : *impuestas* /, en néerlandais : *vereist*.

(53) Considérant 32 de la directive 2014/24/UE; considérant 46 de la directive 2014/23/UE. Le préambule de la directive 2014/25/UE ne contient pas de précision similaire.

(54) Cf. pour la Région bruxelloise, l'article 2 de la loi du 22 décembre 1986 relative aux intercommunales (« Outre les communes, toutes autres personnes de droit public ou privé peuvent également faire partie des intercommunales, à l'exception des personnes de droit public dont un organe exerce les tutelles d'approbation et d'annulation, telles que prévues à l'article 20 ») / pour la Région flamande, l'article 6, alinéa 1<sup>er</sup>, du décret flamand du 6 juillet 2001 portant réglementation de la coopération intercommunale l. « Deux ou plusieurs communes peuvent créer une structure de coopération sans personnalité civile afin de réaliser sans transfert de gestion un projet d'intérêt communal bien défini. Sans préjudice de dispositions dérogatoires contraires, d'autres personnes mo-

rales de droit public et privé peuvent y participer ») / pour la Région wallonne, l'article L1512-4, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code de la démocratie locale et de la décentralisation l (« Outre les communes, toute autre personne de droit public et privé peut également faire partie des intercommunales »). (55) Article 12.2 de la directive 2014/24/UE; article 17.2 de la directive 2014/23/UE; article 28.2 de la directive 2014/25/UE.

(56) Terminologie issue de la pratique, le Code des sociétés (article 6) ne parlant quant à lui que de « mère » ou de « filiale » (*dochter-venootschap* en néerlandais).

(57) C.J.U.E., 8 mai 2014, *Datenloosen Informatiesysteem*, C-157/13, non encore publié au Recueil.

(58) C.J.U.E., 13 juin 2013, *Pipenbrock Dienstleistungen GmbH & co KG*, C-386/11, non encore publié au

13

14

2

Les nouvelles directives ne reprennent pas l'interdiction de toute participation privée dans le capital des pouvoirs publics participant à un accord de coopération horizontale. Le préambule de deux d'entre elles s'en explique : « Il convient également de préciser que les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, qui peuvent comporter une participation de capitaux privés, devraient être en mesure de se prévaloir de l'exemption concernant la coopération horizontale. Par conséquent, lorsque toutes les autres conditions relatives à la coopération horizontale sont remplies, l'exemption en la matière devrait également s'appliquer à ces pouvoirs adjudicateurs, dans le cas où le marché est conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs » (nous soulignons)<sup>59</sup>.

Ces autres conditions relatives à la coopération horizontale sont la poursuite d'une mission de service public commune, fondée sur des considérations exclusivement d'intérêt public, et le respect d'un seuil d'activités (cfr. point suivant).

#### G. Coopération horizontale ~~f~~ Activités concurrentielles ~~f~~ Seuil de « moins de 20% »

22. Les nouvelles directives prévoient qu'outre les conditions déjà examinées et reprises de la jurisprudence de la Cour de justice, l'exception de la coopération horizontale est subordonnée à la condition que « les pouvoirs adjudicateurs participants [à l'accord de coopération] réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20% des activités concernées par la coopération »<sup>60</sup>.

Les propositions de directives initiales prévoyaient déjà un tel seuil, mais il était fixé à un maximum de « 10% de leurs activités pertinentes dans le cadre de l'accord »<sup>61</sup>.

#### H. Une précision au statut incertain : l'exception du « moyen instrumental »

23. Dans l'arrêt *Asemfo c. Tragsa*<sup>62</sup>, la Cour de justice a observé que si la société adjudicataire concernée constituerait effectivement un moyen instrumental de l'administration, c'est-à-dire ne disposait « d'aucune liberté, ni quant à la suite à donner à une commande faite par [les pouvoirs adjudicateurs qui la détenaient] ni quant au tarif applicable à ses prestations<sup>63</sup>... la condition d'applicabilité des directives concernées relative à l'existence d'un contrat ne serait pas remplie »<sup>63</sup>. En l'espèce, ce n'est qu'*ensuite* qu'elle a examiné les conditions d'application de l'exception de la coopération verticale<sup>64</sup>, comme si cette dernière devait être distinguée du « moyen instrumental » évoqué juste avant. La Cour a alors observé qu'en vertu d'une norme (espagnole) de rang réglementaire, les relations entre la société adjudicataire et les pouvoirs adjudicateurs qui la détenaient, était « de nature instrumentale et non contractuelle »<sup>65</sup>. Au-delà de la simple qualification en droit interne — qui n'est d'aucune utilité pour l'interprétation uniforme des concepts de droit européen<sup>66</sup> — la Cour a peut-être entendu par là souligner l'absence de consentement contractuel dans le chef de la société adjudicataire, c'est-à-dire la forme de contrôle étroit auquel elle est soumise puisqu'elle ne peut qu'obtempérer aux demandes des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent. Ceci n'a, jusqu'à présent, fait l'objet d'aucune confirmation (pas même implicite) de la Cour de justice<sup>67</sup>.

Le préambule de deux des trois nouvelles directives fait allusion à cette exception, qu'il semble distinguer de la coopération verticale ou

horizontale : « Il existe des cas où une entité juridique agit, en vertu des dispositions pertinentes du droit national, en tant qu'instrument ou service technique pour le compte de pouvoirs adjudicateurs donnés et est contrainte d'exécuter les instructions que ceux-ci lui donnent, sans avoir d'influence sur la rémunération de sa prestation. Compte tenu de son caractère non contractuel, cette relation purement administrative ne devrait pas relever du champ d'application des procédures de passation de marchés publics »<sup>68</sup>.

Il n'est cependant guère aisé de retrouver dans le texte même des directives des dispositions traduisant ces considérants.

La Cour de justice pourrait éventuellement s'appuyer sur ceux-ci pour étendre sa jurisprudence d'exemption de l'application du droit dérivé des marchés publics ou de l'obligation générale de mise en concurrence déduite du Traité.

De prime abord, cependant, il n'est pas certain que ce développement soit utile. L'exception de la coopération verticale (ou quasi *in house*) peut en effet englober l'hypothèse du « moyen instrumental » lorsque ce dernier dispose d'une personnalité juridique distincte du pouvoir adjudicateur pour lequel il intervient et est soumis au « contrôle analogue » dudit pouvoir adjudicateur. La circonstance que le « moyen instrumental » s'inscrive dans le cadre d'une relation dont le principe et les conditions sont « imposées », serait alors sans incidence, puisqu'elle n'ajouterait rien au regard de la non-application du droit des marchés et contrats publics.

Si le « moyen instrumental » ne dispose pas d'une personnalité juridique distincte, il n'y a pas de contrat et il n'y a pas lieu d'appliquer les règles européennes en matière de marchés publics. Rappelons que ce dernier cas de figure n'est pas une « exception » à l'application du droit dérivé des marchés publics, mais découle simplement d'une application logique de la notion de « marché public », défini comme un « contrat »<sup>69</sup> ~~f~~ soit un rapport juridique entre au moins deux personnes distinctes.

### **3** Conclusions

24. Faut-il attendre la transposition des nouvelles directives en droit interne pour appréhender les situations de coopération horizontale ou verticale qui se rencontrent aujourd'hui?

La question est sans intérêt pour les éléments de la jurisprudence de la Cour de justice que les nouvelles directives ne font que confirmer.

En revanche, il ne paraît pas illégitime de se fonder dès à présent sur ces directives pour résoudre les questions non encore résolues par la Cour, à tout le moins pour les points qui ne prennent pas le contrepied de sa jurisprudence.

Ann Lawrence DURVAUX  
Professeur ordinaire *Ulg*, avocat  
Thierry DELVAUX  
Assistant *Ulg*, avocat

Recueil, points 36-38. Jurisprudence constante (formulation identique : C.J.U.E., 19 décembre 2012, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, C-159/11, non encore publié au Recueil, points 34-36; C.J.U.E., 20 juin 2013, *Consiglio Nazionale degli Ingegneri c. Comune die Castelvecchio Subequo*, C-352/12, non encore publié au Recueil, points 43-45. Cfr. également : C.J.U.E., 9 juin 2009, *Commission c. Allemagne*, C-480/06, Rec., p. I-04747, points 44 et 47.

(59) Considérant 32 de la directive 2014/24/UE, considérant 46 de la directive 2014/23/UE. Le préambule de la directive 2014/23/UE ne contient pas de précision similaire.

(60) Article 12.4, c), de la directive 2014/24/UE; article 17.4, c), de la directive 2014/23/UE; article 28.4, c), de la directive 2014/25/UE.

(61) Article 11.4, (c), de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur la passation des marchés publics (secteurs classés) (COM (2011) 0896 final); article 21.4, (c), de 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 (COM (2011) 0895 final).

(62) C.J.U.E., 19 avril 2007, *Asemfo c. Tragsa*, C-295/05, Rec., p. I-02999.

teur n'avait pas le choix de l'adjudicataire — la loi italienne imposant à ce dernier de s'adresser au propriétaire du terrain sur lequel les travaux de lotissements devaient être réalisés (titulaire du permis de construire) — avait justifié sa décision de ne pas soumettre la relation entre le pouvoir adjudicateur et le propriétaire du terrain au droit des marchés publics.

(68) Considérant 34 de la directive 2014/24/UE; considérant 48 de la directive 2014/23/UE (textes similaires).

(69) Article 2.5 de la directive 2014/24/UE; article 2.1 de la directive 2014/23/UE.