

# RÉFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE

COLLECTION

## LIVRET 5

# CONTRATS DE CONCESSION EXCLUS

*du champ d'application de l'Ordonnance n°2016-65  
du 29 janvier 2016 et Décret n°2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016  
relatifs aux contrats de concession*

Décembre 2017



Institut de la  
**gestion déléguée**



# SOMMAIRE

<b>CONTEXTE</b> .....	4
<b>PRÉAMBULE</b> .....	5
I. Les conséquences de l'exclusion .....	5
II. Définition des autorités concédantes.....	5
<b>PARTIE 1 : EXCLUSIONS APPLICABLES AUX CONTRATS DE CONCESSION EN VERTU D'UN DROIT EXCLUSIF DONT BÉNÉFICIE LE CONCESSIONNAIRE</b> .....	9
Fiche 1 : La notion de droit exclusif .....	10
Fiche 2 : Illustrations des droits exclusifs dans les secteurs ferroviaire et énergétique .....	13
<b>PARTIE 2 : EXCLUSIONS APPLICABLES AUX CONTRATS DE CONCESSION À RAISON DE L'OBJET</b> .....	15
Fiche 3 : Introduction .....	16
Fiche 4 : Exclusions applicables aux concessions passées par les pouvoirs adjudicateurs..	19
I. Transfert d'un droit immobilier .....	19
II. Services relatifs à la recherche et développement .....	20
III. Services financiers .....	21
IV. Emprunts.....	21
V. Sécurité publique .....	22
VI. Transport aérien .....	22
VII. Réseaux de communications électroniques .....	23
VIII. Secret.....	25
IX. International .....	26
Fiche 5 : Entités adjudicatrices : examen des principaux cas d'exclusion à raison de l'objet .....	27
<b>PARTIE 3 : EXCLUSIONS APPLICABLES AUX RELATIONS INTERNES AU SECTEUR PUBLIC</b> .....	29
Fiche 6 : La quasi-regie ou « <i>in house</i> » .....	30
Introduction .....	31
I. Le contrôle analogue.....	32
II. Appréciation du critère de l'activité essentielle dans les contrats « <i>in house</i> » .....	36
III. Opérateur interne et participation des capitaux privés.....	39
Fiche 7 : Coopération entre pouvoirs adjudicateurs .....	44
I. Dispositions applicables .....	45
II. Conditions de l'exclusion .....	46
Fiche 8 : Contrats de concession attribués par une entité adjudicatrice à une entreprise liée .....	50
<b>ANNEXE 1 : COMITÉ DE RÉDACTION</b> .....	53

# CONTEXTE

A la suite de l'adoption de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession, la Commission juridique de l'Institut de la Gestion Déléguée (IGD) a entrepris la rédaction de livrets pédagogiques pour décrypter les nouveautés apportées à ces contrats (cf. Livret 1 – les contrats de concession ; Livret 4 – Passation et rédaction des contrats de concession)<sup>1</sup>.

Ce cinquième Livret traite des exceptions apportées à l'application de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession (ci-après « ordonnance Concessions » ou « ordonnance ») et du décret n° 2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession (ci-après « décret Concessions » ou « décret »).

Elles concernent des contrats ayant la qualification juridique de contrats de concession au sens de l'ordonnance Concessions, mais qui sont néanmoins exclus du champ d'application de ses dispositions.

## Ces exceptions peuvent être classées en trois grandes catégories:

- >> Les exceptions résultant de l'existence d'un droit exclusif (articles 13-1° et 14-1° de l'ordonnance Concessions).
- >> Celles découlant de l'objet du contrat de concession (articles 13 et 14 de l'ordonnance Concessions).
- >> Celles liées aux relations internes au secteur public :
  - quasi-régie (article 16 de l'ordonnance Concessions)
  - quasi-régie en contrôle conjoint (article 16 de l'ordonnance Concessions)
  - coopération public-public (article 17 de l'ordonnance Concessions)
  - concessions attribuées à une entreprise liée (Article 18 de l'ordonnance Concessions) ou à une coentreprise (article 19 de l'ordonnance Concessions)

Avec ce troisième opus consacré aux contrats de concession, l'IGD poursuit son décryptage des textes issus de la réforme. Cette collection offre aux décideurs publics et aux opérateurs économiques des réponses opérationnelles aux questions soulevées par la mise en œuvre des nouvelles dispositions.

Pour rappel, ci-dessous le droit applicable aux contrats de concession :

DROIT APPLICABLE AVANT LE 1ER AVRIL 2016	DROIT APPLICABLE DÈS LE 1ER AVRIL 2016	
<b>CONCESSION DE TRAVAUX PUBLICS</b>	<b>CONTRAT DE CONCESSION</b>	
> Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics	↙ <b>TRAVAUX</b>	↘ <b>SERVICES</b>
<b>DÉLÉGATION DE SERVICE PUBLIC :</b>		
- Concession de service public - Affermage - Régie intéressée  > Loi « Sapin » du 29 janvier 1993 (art. 38 et s.) > Loi MURCEF du 11 décembre 2001 (Articles L. 1411-1 et suivants du CGCT)	↓ <b>SERVICES PUBLICS</b>	
	> Ordonnance n°2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession et Décret n°2016-86 du 1er février 2016 relatif aux contrats de concession > Art.L.1411-1 et suivants du CGCT modifiés	

1. A consulter sur le site internet de l'IGD : [www.fondation-igd.org](http://www.fondation-igd.org)

# PRÉAMBULE

## I. LES CONSÉQUENCES DE L'EXCLUSION

L'ensemble des exceptions de l'ordonnance Concessions abordées dans ce livret ont pour conséquence la mise en œuvre d'un régime dérogatoire des procédures prévues par le texte.

Les règles de publicité et de mise en concurrence sont écartées pour la passation des contrats de concessions exclus.

En effet, à titre d'exemple, pour la conclusion de contrats entre un pouvoir adjudicateur et une entité qui, bien que dotée de la personnalité morale, constitue le simple prolongement administratif de celui-ci, il ne paraît pas utile d'exiger la mise en œuvre d'obligations de publicité et de mise en concurrence. De la même manière, les contrats par lesquels plusieurs entités publiques réalisent en commun une activité d'intérêt général dans un but exclusif d'intérêt public et sans favoriser un opérateur économique agissant sur le marché peuvent également être conclus sans être précédés d'une publicité et d'une mise en concurrence.

Cependant, cela conduit à poser une question, encore mal résolue en droit des marchés publics : l'exclusion du champ d'application de la directive et de l'ordonnance implique-t-elle que le principe de transparence issu du Traité et / ou des principes de la commande publique ne s'applique pas ?

A la lecture de l'ordonnance Concessions, quand les règles de publicité et mise en concurrence sont écartées par suite de la nature de l'opération ou de l'intuitu personae, ce qui vaut pour les textes vaut aussi pour les principes; l'exclusion a une portée générale.

## II. DÉFINITION DES AUTORITÉS CONCÉDANTES

### SOURCES JURIDIQUES



#### **Article 8 de l'ordonnance Concessions**

*Les autorités concédantes soumises à la présente ordonnance sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 9 et 10.*

#### **Article 9 de l'ordonnance Concessions**

*« Les pouvoirs adjudicateurs sont :*

*1° Les personnes morales de droit public ;*

*2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont :*

*a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;*

*b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;*

*c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;*

3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun. »

#### **Article 10 de l'ordonnance Concessions**

« Les entités adjudicatrices sont :

1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 11 ;

2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 11.

Est une entreprise publique au sens de la présente ordonnance tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

L'influence des pouvoirs adjudicateurs est réputée dominante lorsque ceux-ci, directement ou indirectement, détiennent la majorité du capital, disposent de la majorité des droits de vote ou peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance ;

3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 11 et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.

Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs au sens du présent 3° les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires. »

#### **Article 11 de l'ordonnance Concessions**

« I. - Sont des activités d'opérateur de réseaux au sens de la présente ordonnance :

1° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution de gaz ou de chaleur ;

2° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'électricité ;

3° La mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable.

Sont également soumis aux dispositions applicables aux entités adjudicatrices les contrats de concession passés par les entités adjudicatrices exerçant une des activités mentionnées à l'alinéa précédent qui sont liés :

a) Soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées ;

b) Soit à des projets de génie hydraulique, d'irrigation ou de drainage, pour autant que le volume d'eau utilisé pour l'alimentation en eau potable représente plus de 20 % du volume total d'eau utilisé pour ces projets ;

4° Les activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique ayant pour objet :

a) D'extraire du pétrole ou du gaz ;

b) De prospecter ou d'extraire du charbon ou d'autres combustibles solides ;

5° Les activités d'exploitation destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition des transporteurs des aéroports, des ports maritimes, des ports fluviaux ou d'autres terminaux ;

6° Les activités d'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus, autobus, autocar, câble ou tout système automatique, ou les achats destinés à l'organisation ou à la mise à la disposition d'un exploitant de ces réseaux.

Le service de transport est regardé comme fourni par un réseau de transport lorsqu'une autorité nationale ou territoriale compétente définit les conditions générales d'organisation du service, notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service ;

7° Les activités visant à fournir des services postaux mentionnés à l'article L. 1 du code des postes et des communications électroniques ou, lorsqu'ils sont fournis par une entité adjudicatrice exerçant par ailleurs de tels services postaux, les services suivants :

- a) Les services de gestion de services courrier ;
- b) Les services d'envois non postaux tels que le publipostage sans adresse. »

Les autorités concédantes sont soit des pouvoirs adjudicateurs soit des entités adjudicatrices. La qualité de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice entraîne l'application de dispositions partiellement différentes s'agissant des exceptions à l'application des règles de l'ordonnance Concessions.

**Il convient donc de déterminer si l'autorité concédante intervient en qualité de « pouvoir adjudicateur » ou d'« entité adjudicatrice » pour appréhender les règles applicables à chaque contrat de concession.**

Aux termes de l'article 10 de l'ordonnance Concessions, sont des entités adjudicatrices les « pouvoirs adjudicateurs », les « entreprises publiques » ou certains « organismes de droit privé », dès lors qu'ils exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies à l'article 11 de l'ordonnance.

L'article 11, dans son I, énumère les activités de réseaux concernées. S'il n'y a, a priori, pas de difficultés quant à la définition des activités elles-mêmes, il convient de s'interroger sur la condition d'exercice de l'activité ou encore de mise à disposition, d'exploitation ou d'alimentation des réseaux par l'autorité concédante.

En effet, le Conseil d'Etat a eu à se prononcer sur la qualification d' « entité adjudicatrice », en particulier la notion « d'activité d'exploitation » ou de « mise à disposition », dans le cadre de la législation applicable aux marchés publics, considérant en particulier que :

- > les règles dérogatoires ne s'appliquent pas aux « *actes par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un des réseaux fixes* » mentionnés à l'article 135 du Code des marchés publics et, par suite, a annulé les dispositions de la circulaire d'application du code en date du 3 août 2006, selon lesquelles étaient inclus dans le champ de l'article 135 les marchés par lesquels une personne publique confie l'exploitation d'un réseau à un tiers<sup>2</sup> ;

2. CE Sect. 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres ; BJDOP 2007, p. 366, concl. Boulouis

> « l'acte par lequel le Département du Cher se proposait de confier à un tiers l'exécution du service de transport scolaire n'était pas constitutif d'une activité d'exploitation de réseau ni davantage d'une activité de mise à disposition du réseau au sens de l'article 135 du code des marchés publics »<sup>3</sup>.

Cette jurisprudence est tout à fait appropriée en matière de marchés publics, puisque l'enjeu est de déterminer si l'autorité initialement en charge du service est une entité adjudicatrice dans l'acte d'achat, ce qu'elle ne peut être que si elle conserve l'activité en exploitant le service ou en mettant à disposition l'infrastructure (à défaut elle s'en dessaisit). Au regard de la réglementation sur les marchés publics, la qualification en entité adjudicatrice de l'autorité qui a délégué la gestion du service n'aurait aucun sens, celle-ci n'ayant plus à réaliser d'actes d'achats pour ce service.

Il en va nécessairement autrement en matière de concession, puisque tout l'enjeu consiste à qualifier l'autorité dans son acte de délégation du service. Raisonner par analogie sans adapter les raisonnements du Conseil d'Etat au domaine conduirait à considérer que seules les autorités continuant à exploiter directement le service ou ne concédant pas la construction mais seulement l'exploitation du réseau (dans le cadre d'un affermage par exemple), seraient des entités adjudicatrices au sens de l'ordonnance Concessions.

Le fait que le texte de l'ordonnance reprenne in extenso les termes de l'ordonnance n°2015-899 relatives aux marchés publics apporte de la confusion quant à l'application de dispositions inappropriées au domaine.

En effet, puisqu'il y a délégation, comment peut-on par exemple se trouver dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur aurait en charge « l'exploitation de réseaux » ? Il aurait été souhaitable de voir retirée l'exploitation de la définition pour les entités adjudicatrices concédantes. Si elle a tout son sens en marchés publics, elle devient sans objet en matière de concessions.

De la même manière, comment affirmer qu'elle est une entité adjudicatrice dans le cadre d'une concession de type affermage uniquement ? Encore une fois cela a tout son sens dans le cadre des marchés publics car elle continue alors à « acheter » du matériel, des travaux, etc., pour la réalisation des infrastructures, laquelle participe à l'exploitation, mais cela n'a aucun sens dans le cadre des concessions.

Il convient dès lors de considérer qu'en matière de concession, l'autorité concédante est une entité adjudicatrice à la seule condition que la concession ait pour objet l'une des activités de réseau visées à l'article 11 de l'ordonnance.

Cette interprétation ne peut qu'être confirmée par la lecture de l'article 7-1 de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concessions, qui vise les entités qui « attribuent des concessions pour l'exercice d'une de ces activités [activités de l'annexe II] ».

3. CE, 14 décembre 2009, Département du Cher c/ société Kéolis Centre, n°330052



# **PARTIE 1 :**

## **EXCLUSIONS APPLICABLES AUX CONTRATS DE CONCESSION EN VERTU D'UN DROIT EXCLUSIF DONT BENEFICIE LE CONCESSIONNAIRE**

### **FICHE 1**

LA NOTION DE DROIT EXCLUSIF.....10

### **FICHE 2**

ILLUSTRATIONS DE DROITS EXCLUSIFS  
DANS LES SECTEURS FERROVIAIRE ET ÉNERGETIQUE.....13

## LA NOTION DE DROIT EXCLUSIF



### SOURCES JURIDIQUES

#### **Article 13-1° de l'ordonnance Concessions (contrats de concession passés par les pouvoirs adjudicateurs)**

« Sous réserve des dispositions applicables aux contrats de concession de défense ou de sécurité prévues à l'article 15, la présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession passés par les pouvoirs adjudicateurs et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1°- : « Les contrats de concession de services conclus avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices visées au 1° de l'article 10 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. »

#### **Article 14-1° de l'ordonnance Concessions (contrats de concessions passés par les entités adjudicatrices)**

« Sous réserve des dispositions applicables aux contrats de concession de défense ou de sécurité prévues à l'article 15, la présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession passés par les entités adjudicatrices et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1°- Les contrats de concession de services conclus avec un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs, une ou plusieurs entités adjudicatrices visées au 1° de l'article 10 ou un opérateur économique lorsqu'ils bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif, à condition que cette disposition soit compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités d'opérateur de réseau. L'attribution d'un contrat de concession à un opérateur économique fondée sur un droit exclusif est soumise à une obligation de publicité d'un avis d'attribution dans les conditions prévues par voie réglementaire.

»

L'exclusion du champ d'application de l'ordonnance Concessions des contrats de concession conclus avec les titulaires de droits exclusifs est soumise aux conditions suivantes :

- (i) Le contrat est un contrat de concession de services ;
- (ii) Le contrat est conclu avec un concessionnaire bénéficiant d'un droit exclusif<sup>4</sup> ;
- (iii) Le droit exclusif résulte d'une disposition légalement prise ;
- (iv) La disposition doit être compatible avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;
- (v) Et lorsque le contrat est passé par une entité adjudicatrice, la disposition doit également être compatible avec les actes juridiques sectoriels de l'Union européenne applicables aux activités d'opérateurs de réseau.

L'exclusion ne concerne donc que des contrats de concession de services (i), au sens de l'article 6-II de l'ordonnance Concessions, à savoir des contrats ayant pour objet la gestion d'un service, le cas échéant d'un service public, pour laquelle le concessionnaire peut être ou non chargé de réaliser les investissements, qu'ils soient conclus par des pouvoirs adjudicateurs (article 13.1°) ou des entités adjudicatrices (article 14.1°).

La directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concessions peut éclairer les notions de « *droit exclusifs* » (ii) et de « *disposition légalement prise* » (ii) :

- > La directive donne la définition suivante des droits exclusifs (ii) : « *droits exclusifs*», des *droits accordés par une autorité compétente d'un État membre au moyen de toute loi, de tout règlement ou de toute disposition administrative publiée qui est compatible avec les traités ayant pour effet de réserver l'exercice d'une activité à un seul opérateur économique et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques d'exercer cette activité* »<sup>5</sup>. Ce droit exclusif peut donc être assimilé à un monopole légal. La transposition en droit interne a ainsi conduit à voir substituer ce terme à celui de monopole qui figurait auparavant dans les exceptions à l'application des articles L.1411-1 et suivants du code général des collectivités territoriales s'agissant des délégations de service public<sup>6</sup>.
- > Sur la base de la définition des droits exclusifs donnée par la directive, la disposition légalement prise (iii) pourrait être législative, réglementaire ou encore résulter d'un acte administratif non réglementaire<sup>7</sup>.

La compatibilité de la disposition fondant le droit exclusif avec le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (iv) doit s'apprécier quant à elle en particulier s'agissant de la gestion de services d'intérêt économique général au regard de son article 106-2°, anciennement article 86 du traité CE, à savoir donc de l'existence des deux conditions suivantes :

- > la disposition se justifie car la mise en concurrence conduirait à « *faire échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur [les entreprises chargées de la gestion des services] a été impartie* »
- > et elle n'affecte pas, « *dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union* », « *le développement des échanges* ».

Enfin, lorsque le contrat est passé par une entité adjudicatrice (v), à savoir par un concédant « *qui exerce une activité de réseaux définies à l'article 11* »<sup>8</sup>, donc dès lors que la concession a pour objet l'une des activités de réseau visées à cet article<sup>9</sup>, la disposition doit également être compatible avec les actes juridiques sectoriels de l'Union européenne applicables aux activités d'opérateurs de réseau.

L'exigence de cette condition supplémentaire pour les seuls contrats portant sur une activité d'opérateur de réseau constitue la transposition de l'article 10 de la directive 2014/23/UE, qui exige la compatibilité, pour tout contrat attribué à un opérateur économique sur la base d'un droit exclusif aux « *actes juridiques de l'Union établissant des règles communes concernant l'accès au marché applicables aux activités visées à l'annexe II* ». Or ces activités sont reprises en droit interne à l'article 11 de l'ordonnance.

Les contrats conclus dans les conditions précitées ne sont donc pas soumis aux dispositions de l'ordonnance Concessions et du décret Concessions, en particulier donc aux règles de passation et d'exécution des contrats.

4. Les dispositions tant au niveau européen que français, visent également le droit exclusif dont bénéficient certaines autorités concédantes. Par simplification, n'est évoqué ici que le droit exclusif dont bénéficie le concessionnaire.

5. Article 5 de la directive

6. Ancien article L.1411-12 du code général des collectivités territoriales : « Les dispositions des articles L.1411-1 à L.1411-11 ne s'appliquent pas aux délégations de service public : a) lorsque la loi institue un monopole au profit d'une entreprise [...] »

7. « de toute loi, de tout règlement ou de toute disposition administrative publiée » (article 5 de la directive)

8. En application de l'article 10 de l'ordonnance concessions

9. Voir sur ce point Préambule du présent Livret V

Seule reste imposée aux autorités concédantes, pour les contrats ayant pour objet une activité de réseaux visée à l'article 11 de l'ordonnance, la publication d'un avis d'attribution, dans les conditions prévues à l'article 32-2 du décret Concessions.

En application de cette disposition, cette publication doit être effectuée pour tout contrat dès lors que « la législation sectorielle de l'Union européenne ne prévoit pas d'obligations de transparence » et pour peu que « *la valeur estimée [du contrat] est égale ou supérieure au seuil visé à l'article 9* », à savoir au « *seuil européen publié au Journal Officiel de la République Française* ».

A la date de rédaction du présent Livret, ce seuil est fixé à 5 225 000 euros<sup>10</sup>.

---

10. Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, publié au JORF du 27 mars 2016.

# ILLUSTRATIONS DE DROITS EXCLUSIFS DANS LES SECTEURS FERROVIAIRE ET ÉNERGETIQUE

## I. LES SERVICES DE TRANSPORT PUBLIC FERROVIAIRE

La loi du 4 août 2014, portant réforme du système ferroviaire et codifiée dans le Code des Transports, a notamment créé depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2015 le groupe public ferroviaire, en créant un établissement public dit « de tête » : la SNCF et deux établissements publics « opérationnels » : le gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire, SNCF Réseau et l'exploitant ferroviaire, SNCF Mobilités.

Le droit exclusif de SNCF Mobilités sur le transport ferroviaire de voyageurs en France résulte des dispositions de deux articles du Code des Transports : L.2121-4 et L.2141-1 (issus de la loi dite « LOTI » du 30/12/1982).

SNCF Mobilités bénéficie sur le réseau ferré national d'un monopole général qui inclut un monopole régional. Les régions ont donc l'obligation de recourir à SNCF Mobilités pour exploiter leurs services ferroviaires régionaux.

En droit de l'UE, le Règlement OSP relatif aux Obligations de Service Public (OSP) du 23 octobre 2007, dans sa rédaction actuellement en vigueur, encadre notamment l'attribution des contrats de service public de transport.

Ainsi, l'article 5 paragraphe 6 prévoit une exception au principe de mise en concurrence, lorsque l'autorité compétente décide « *d'attribuer directement des contrats de service public de transport par chemin de fer* ». Cette exception est possible « *sauf interdiction en vertu du droit national* », et ne peut concerner d'autres modes de transport tels que le métro ou le tramway.

La nouvelle version du Règlement entrera en vigueur fin 2017 et impose une ouverture à la concurrence des services ferroviaires conventionnés (Transport Express Régional-TER et Train d'Équilibre Territorial -TET) à partir de 2019 et au plus tard pour la fin 2023.

En droit national, des dispositions législatives (qui ne concerneront pas les infrastructures ferroviaires) devraient intervenir d'ici la fin de l'année 2018 pour préciser le calendrier et les modalités d'ouverture à la concurrence.

## II. LES SECTEURS DE LA DISTRIBUTION D'ÉLECTRICITÉ ET DE GAZ NATUREL

La loi n°46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz a confié à Electricité de France (E.D.F.) et à Gaz de France (G.D.F.), aux droits desquelles ont succédé ERDF (devenue ENEDIS) et GRDF, la distribution, respectivement de l'électricité et du gaz et institué dans ce cadre des monopoles<sup>11</sup>. Elle a également maintenu ceux des sociétés de distribution à économie mixte dans lesquelles l'État ou les collectivités publiques possédaient la majorité du capital, ainsi que les régies ou services analogues constitués par les collectivités locales<sup>12</sup>.

La loi n°2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie, puis l'ordonnance n°2011-504 du 9 mai 2011 portant codification de la partie législative du code de l'énergie, ont maintenu ces monopoles ou droits exclusifs, désormais inscrits, pour la distribution d'électricité, à l'article L.111-52- du code de l'énergie et, pour la distribution du gaz naturel, à l'article L.111-53 du code de l'énergie.

---

11. Articles 2 et 3

12. Article 23

# **PARTIE 2 :**

## **EXCLUSIONS APPLICABLES AUX CONTRATS DE CONCESSION À RAISON DE L'OBJET**

<b>FICHE 3</b> INTRODUCTION.....	16
<b>FICHE 4</b> EXCLUSIONS APPLICABLES AUX CONCESSIONS PASSÉES PAR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS.....	19
<b>FICHE 5</b> ENTITÉS ADJUDICATRICES : EXAMEN DES PRINCIPAUX CAS D'EXCLUSION À RAISON DE L'OBJET.....	27

## FICHE 3

### INTRODUCTION

Les exclusions qui figurent à l'article 13 de l'ordonnance Concessions sur les concessions des pouvoirs adjudicateurs (cf. Fiche 4) témoignent de l'attraction exercée par le droit des marchés publics sur celui des concessions, puisque la liste des exceptions est presque intégralement identique à celle qui figure à l'article 14 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics. Il en va de même de la liste de l'article 14, relative aux concessions des entités adjudicatrices, rapprochée de celle de l'article 15 de l'ordonnance sur les marchés (cf. Fiche 5).

Les motifs des exclusions sont nécessairement les mêmes que pour les marchés. Ils varient selon l'objet du contrat, comme le montrent quelques exemples.

Le motif de l'exclusion est parfois évident, comme dans le cas des « *contrats de concession qui exigent le secret* » (Article 13-13° de l'ordonnance).

Le motif est parfois l'incompatibilité entre l'objet du contrat et la mise en concurrence, incompatibilité qui peut tenir soit à la nature de l'opération (ex. Article 13-2° : immobilier), soit à *l'intuitu personae* (ex. Article 13-4° : arbitrage; Article 13-6° : emprunt).

L'exclusion peut aussi résulter de ce qu'une forme de mise en concurrence existe déjà par ailleurs (ex. Article 13-5° : titres et instruments financiers; Article 13-11° : transport aérien).

#### **Certaines exclusions procèdent non d'une logique économique ou juridique, mais d'une décision politique.**

Tel est le cas des exclusions qui ont pour base la présomption d'absence d'effet transfrontalier ou le particularisme national (certains services juridiques, programmes audiovisuels par exemple).

Une exclusion spécifique à la directive sur les concessions fait figure de curiosité dans la mesure où le contrat en cause est une autorisation et non une concession de services ; il s'agit de la concession de loterie, à rapprocher de la concession de jeux de hasard qui selon la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après « CJUE ») n'est pas une concession de services, mais relève néanmoins du principe de transparence impliqué par le traité de l'UE<sup>13</sup>.

**Au regard des pratiques habituelles** en France la liste des exclusions est assez déroutante, car ces contrats correspondent, au moins en France, à des prestations de services aux pouvoirs adjudicateurs et non à l'attribution de la gestion d'un service. Il pouvait jusqu'ici s'agir soit de marchés publics, soit de contrats hors droit de la commande publique.

Mais, la directive 2014/23 oblige à modifier les perspectives, du fait que la simple prestation d'un service peut relever d'une concession.

Pour définir l'objet de la concession, l'article 5-b) de la directive 2014/23 dispose qu'elle porte sur « la prestation et la gestion » d'un service. L'article 5 de l'ordonnance

13. CJUE, 3 juin 2010, Sporting Exchange Ltd, agissant sous le nom de «Betfair», aff. C-203/08



Concessions ne retient que la gestion, mais le Conseil d'État n'a pas tenu compte de cette restriction ; il a jugé qu'une convention de terminal avait « *pour objet principal l'exécution, pour les besoins du Grand Port de Bordeaux, d'une prestation de services rémunérée par une contrepartie économique constituée d'un droit d'exploitation, et qui transfère au cocontractant le risque d'exploitation ; qu'elle revêt pour ces motifs le caractère d'une concession de services* »<sup>14</sup>.

La concession ne diffère donc du marché que par le transfert du risque d'exploitation et un contrat peut avoir le caractère concessif aussi bien s'il confie la gestion d'un service avec un droit d'exploitation (pouvant notamment consister à se rémunérer sur les usagers) que s'il prévoit la fourniture d'une prestation de service au pouvoir adjudicateur moyennant une rémunération qui peut émaner de ce dernier mais doit impliquer un transfert du risque d'exploitation.

Au regard des pratiques antérieures, cette situation est plus déconcertante en France qu'ailleurs. La jurisprudence relative à la délimitation entre « contrat de Délégation de Service Public » (ci-après « DSP ») et « marché public » avait bien souligné qu'un contrat ne peut être une DSP, quel que soit, par ailleurs le mode de rémunération du titulaire, que s'il confie la gestion du service public.

## **EXEMPLE D'ÉVOLUTION PROBABLE DANS LES QUALIFICATIONS**

### **> Contrats antérieurs à la directive 2014/23 ayant pour objet l'intervention d'huissiers en vue du recouvrement amiable de créances, amendes, condamnations pécuniaires et produits locaux pris en charge par les comptables de la direction générale des finances publiques :**

Le Conseil d'État relève que ce contrat « *a pour objet l'exécution d'une prestation de service pour le compte de l'Etat* » et comporte « *une contrepartie économique constituée par un prix* ». Il est donc un marché public, sans qu'y fasse obstacle la circonstance que « *le contrat envisagé ne se traduit par aucune dépense directe de l'Etat et que le cocontractant de l'administration est rémunéré non par l'Etat mais par le versement de frais de recouvrement mis à la charge du débiteur ou du condamné* ».

### **> Contrat similaire conclu en Grande-Bretagne par le Ministère de la Justice pour des « bailiff services » en vue du recouvrement d'amendes<sup>15</sup> :**

Le contrat est qualifié de concession de services au motif que le cocontractant supporte un risque qui va au-delà de celui que comporte tout contrat de prestations de service : il ne connaît pas le montant total de sa rémunération et les sommes recouvrées peuvent être insuffisantes pour couvrir les coûts. Ce risque n'est pas très important, car des statistiques permettent de faire des prévisions, mais « *they are precisely the same risks as those to which the MoJ would be subject if it were to perform the contract for itself*<sup>16</sup> ».

14. CE, 14 février 2017, Grand Port Maritime de Bordeaux (GPMB) et la société de manutention portuaire d'Aquitaine (SMPA), n° 405157

15. England and Wales Court of Appeal, 16 janvier 2012, BW Group Ltd v/ Ministry of Justice [2012], EWCA Civ. 8

16. « Ces risques sont précisément les mêmes que ceux auxquels le Ministère de la Justice serait soumis s'il exécutait lui-même le contrat. »



## A NOTER POUR LES DEVELOPPEMENTS DE LA FICHE 4

Sans procéder à un examen exhaustif des quinze paragraphes de l'article 13, on se limitera aux exceptions relatives à des concessions qui sont susceptibles d'intéresser les membres de l'Institut de la Gestion Déléguée.

Cela conduit à ne pas étudier les :

- > les contrats de concession de services relatifs à l'arbitrage et à la conciliation (Article 13-4°) ;
- > les contrats de concession de services juridiques (Article 13-8°) ;
- > les contrats de concession liés à des programmes audiovisuels (Article 13-9°) ;
- > les contrats de concession qui ont pour objet des services d'exploitation de la loterie (Article 13-10°).

## FICHE 4

# EXCLUSIONS APPLICABLES AUX CONCESSIONS PASSÉES PAR LES POUVOIRS ADJUDICATEURS

On relève que la plupart des exceptions concernent **les concessions de services et non les concessions de travaux**, sauf les contrats de concession de réseaux publics de communications électroniques, les contrats de concession qui exigent le secret ou une protection de la sécurité et les contrats de concession présentant un aspect international.

## I. TRANSFERT D'UN DROIT IMMOBILIER

### SOURCES JURIDIQUES



#### Article 13-2° de l'ordonnance Concessions

Sont exclus : « Les contrats de concession de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, quelles qu'en soient les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles, ou qui concernent d'autres droits sur ces biens »

Ce type de concession de services est à distinguer d'une concession de travaux. Dans une concession de travaux, l'opérateur économique construit l'ouvrage, qui, par la suite peut devenir la propriété du concédant, ou bien il réalise des travaux sur un ouvrage qui appartient déjà au concédant. Dans le cas visé à l'article 13-2°, la situation est différente. **Il s'agit pour le concédant d'acquérir un droit, notamment de propriété, sur un ouvrage existant.**

Cette exception concernant les contrats d'achat ou de location d'immeubles par un pouvoir adjudicateur est motivée par l'exigence de localisation de l'immeuble à un emplacement déterminé. Selon l'expression d'un avocat général auprès de la CJUE, l'immeuble « *du fait de son unicité, ne se prête pas à une confrontation avec d'autres biens* »<sup>17</sup>.

Mais cela ne concerne que les immeubles existants ; si l'immeuble est à construire, la CJUE a jugé que l'objet principal du contrat est la réalisation des travaux. Cela signifie que si l'immeuble est réalisé selon les spécifications du pouvoir adjudicateur, le contrat est un marché public de travaux. Mutatis mutandis, cette solution relative à l'objet principal est valable pour la concession de travaux.

Ceci étant, on a quelque difficulté à concevoir comment un tel contrat peut avoir un caractère concessif.

17. concl. Wahl sur CJUE, 10 juill. 2014, aff. C 213/13, Impresa Pizzarotti & C. SpA c/ Comune di Bari, pt 60

En effet, le plus souvent, la prestation de service est fournie au pouvoir adjudicateur (acheteur ou locataire) et celui-ci paye un prix ou un loyer, ce qui rend improbable que le contrat transfère un risque d'exploitation.

Cela pourrait, en revanche, être le cas si le contrat confie aussi des travaux sur l'immeuble existant sans que ces travaux constituent l'objet principal du contrat, qui reste un contrat immobilier. Il serait alors concevable que le vendeur ou bailleur assume un risque lié à la prise en charge du coût des travaux, sans que, pour autant l'objet principal du contrat soit constitué par les travaux.

S'agissant de l'applicabilité du principe de transparence, compte tenu de ce que l'exclusion repose sur l'unicité de l'immeuble, l'exception devrait se voir reconnaître une portée générale, c'est-à-dire qu'en l'absence de texte applicable, aucun principe n'impose une publicité préalable.

## II. SERVICES RELATIFS À LA RECHERCHE ET DÉVELOPPEMENT



### SOURCES JURIDIQUES

#### Article 13-3° de l'ordonnance Concessions

Sont exclus : « Les contrats de concession de services relatifs à la recherche et développement pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'acquiert pas la propriété exclusive des résultats ou ne finance pas entièrement la prestation ».

Avec cette exception on se trouve à la frontière avec le contrat de subvention, qui ne relève pas de la commande publique.

Pour que le contrat soit hors du champ d'application de l'ordonnance, il faut soit que les résultats n'appartiennent pas exclusivement au concédant, soit que la recherche ne soit pas entièrement rémunérée par lui.

L'insertion de ce type d'objet dans une concession paraît improbable, compte tenu de la difficulté d'obtenir en pareil cas une rémunération par le droit d'exploiter.

### III. SERVICES FINANCIERS

#### SOURCES JURIDIQUES



##### Article 13-5° de l'ordonnance Concessions

Sont exclus : « Les contrats de concession de services financiers liés à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres ou d'autres instruments financiers définis à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, à des services fournis par des banques centrales ou à des opérations menées avec le Fonds européen de stabilité financière ou le mécanisme européen de stabilité ».

Les contrats en cause sont « liés » à des opérations sur les titres de capital émis par les sociétés par actions, les titres de créance, les parts ou actions d'organismes de placement collectif. Il peut s'agir, notamment, des contrats de prestation de service conclus avec les établissements financiers, contrats qui sont sans doute susceptibles d'avoir le caractère de concessions si l'établissement financier assume le risque, par exemple en cas de placement garanti<sup>18</sup>.

### IV. EMPRUNTS

#### SOURCES JURIDIQUES



##### Article 13-6° de l'ordonnance Concessions

Sont exclus : « Les contrats de concession de services qui sont des contrats d'emprunts, qu'ils soient ou non liés à l'émission, à la vente, à l'achat ou au transfert de valeurs mobilières ou d'autres instruments financiers mentionnés au 5° ».

La question de la soumission à concurrence des emprunts auprès des banques est restée jusqu'à la directive 2014/24 sujette à discussion, compte tenu de l'ambiguïté des termes de la précédente directive, mais depuis 2014 l'exclusion est explicite.

À première vue, le prêteur ne prend pas un risque lié aux aléas du marché, ce qui rend improbable le caractère concessif. On peut, cependant, imaginer des cas dans lesquels le prêteur devrait se rembourser auprès de tiers, par exemple en plaçant des titres.

Il est aussi concevable qu'un contrat d'emprunt soit jumelé avec l'exploitation d'une activité dont le produit sert à rembourser l'emprunt. En ce cas, en application du critère de l'objet principal (art. 22 de l'ordonnance Concessions), le contrat n'est pas exclu du champ d'application de l'ordonnance Concessions si l'objet principal l'en fait relever.

Une telle pratique ne peut, cependant, avoir qu'un caractère exceptionnel compte tenu de ce qu'il est interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit ou une société de

18. v. art. 321-1 du Code monétaire et financier

financement d'effectuer des opérations de banque à titre habituel (article L. 571-3 du code monétaire et financier).

## V. SÉCURITÉ PUBLIQUE



### SOURCES JURIDIQUES

#### Article 13-7° de l'ordonnance Concessions

Sont exclus : « *Lorsqu'ils sont attribués à une organisation ou une association à but non lucratif :*

- a) *Les contrats de concession de services d'incendie et de secours ;*
- b) *Les contrats de concession de services de protection civile ;*
- c) *Les contrats de concession de services de sécurité nucléaire ;*
- d) *Les contrats de concession de services ambulanciers, à l'exception de ceux ayant pour objet exclusif le transport de patients ».*

Il est ici tenu compte non seulement de la nature de l'activité, mais aussi de celle de l'opérateur. Le caractère non lucratif de l'opérateur justifie sa soustraction à la mise en concurrence, alors même que cette absence de but lucratif n'est pas en soi exclusive du caractère d'« *opérateur économique* » du concessionnaire, dès lors qu'il fournit une prestation à titre onéreux, car une activité économique est « *une activité exercée en contrepartie du versement d'une rémunération au sens large* »<sup>19</sup>.

L'exclusion ne repose donc pas sur des motifs de rationalité économique; elle a pour but de protéger le « tiers secteur » dans certains pays. Ainsi, l'article L. 725-1 du code de la sécurité civile prévoit l'agrément d'« *associations ayant la sécurité civile dans leur objet social* ».

En tout état de cause, les contrats conclus en ces domaines sont dans la plupart des cas des marchés publics.

## VI. TRANSPORT AÉRIEN



### SOURCES JURIDIQUES

#### Article 13-11° de l'ordonnance Concessions

Sont exclus : « *Les contrats de concession de service de transport aérien basés sur l'octroi d'une licence d'exploitation au sens de l'article L. 6412-2 du code des transports* ».

19. CJCE, 7 novembre 1996, Züchner, C-77/95, rec. 5689, point 13

L'article L. 6412-2 du code des transports prévoit que l'activité de transporteur aérien public est subordonnée à la détention d'une licence d'exploitation.

La rédaction de cette exclusion, aussi bien dans la directive que dans l'ordonnance, est peu claire car les concessions relatives à des services de transport aérien ne sont pas « basées » sur la licence, laquelle doit être détenue en tout état de cause par le transporteur, qu'il soit ou non assujéti à des obligations de service public. Mais, si l'on veut donner un sens à cette exclusion, il faut comprendre que si les nouvelles règles sur la concession ne sont pas applicables, c'est au profit de l'application du règlement européen 1008/2008 du 24 septembre 2008 établissant des règles communes pour l'exploitation de services aériens [règlement qui, à la différence d'une directive est d'application directe en droit français].

Ce règlement définit les modalités de délivrance des licences d'exploitation sur la base desquelles les entreprises peuvent exploiter des services de transport aérien, sans être assujétiées à des autorisations. Mais, dans le cas de carence de l'initiative privée à satisfaire le besoin en desserte, il est possible aux États de mettre en place des **lignes avec obligations de service public** (lignes OSP), en contrepartie de compensations financières. Les obligations et les compensations sont définies par contrat.

Avant 2016, aucune exception à l'application de la « loi Sapin » n'était prévue. Il fallait donc appliquer à la fois le règlement 1008/2008 et la loi Sapin.

Il en va différemment avec l'ordonnance Concessions : les seules dispositions applicables sont celles du règlement 1008/2008 et du code de l'aviation civile (art. R. 330-7 code aviation civile), qui imposent une publicité préalable.

## VII. RÉSEAUX DE COMMUNICATIONS ÉLECTRONIQUES

### SOURCES JURIDIQUES



#### Article 13-12° de l'ordonnance Concessions

Sont exclus : « Les contrats de concession qui ont principalement pour objet de permettre la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de communications électroniques ou la fourniture au public d'un ou de plusieurs services de communications électroniques ».

Dans cet article, les termes de « réseau public de communication électroniques » et de « services de communications électroniques » ont le sens des termes de la directive 2002/21/CE constituant le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques :

> « service de communications électroniques »: le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ces contenus; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1<sup>er</sup> de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques ; »

> « *réseau de communications public* »: un réseau de communications électroniques utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ».

L'article 13-12° de l'ordonnance est la transposition quasi-identique de l'article 11 de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession, dite directive « *Concessions* », sous la seule réserve que la directive vise « **Les contrats de concession qui ont principalement pour objet de permettre aux pouvoirs adjudicateurs la mise à disposition ou l'exploitation (...)** ».

Cette précision contenue dans la directive permet de définir qu'il s'agit de viser les contrats de concessions dans lesquels le pouvoir adjudicateur agit comme un opérateur de télécommunications soit en :

- > Mettant à disposition un réseau public de communications électroniques ;
- > Exploitant lui-même un réseau public de communications électroniques ;
- > Fournissant au public un ou plusieurs services de communications électroniques.

Pour comprendre la justification de cette exclusion, il convient de se reporter à l'article 8 de la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications dont cette exclusion semble découler.

En effet, cet article prévoyait que les procédures de passation des marchés prévues par la directive ne s'appliquaient pas « *aux marchés qu'une entité adjudicatrice exerçant une activité visée à l'article 2 paragraphe 2 point d) [la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications] passe pour ses achats destinés exclusivement à lui permettre d'assurer un ou plusieurs services de télécommunications lorsque d'autres entités sont libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques.* »

A la lecture de cet article, c'est bien la circonstance selon laquelle le pouvoir adjudicateur se retrouve en situation de concurrence avec des personnes privées non soumises aux obligations de la directive pour offrir des services de télécommunications qui justifie l'exclusion au champ d'application de la directive.

En effet, lorsqu'un pouvoir adjudicateur intervient sur le marché des communications électroniques, il ne saurait se voir soumis aux règles contraignantes de la directive concessions auxquelles ne sont pas soumis les autres opérateurs, lesquels sont « *libres d'offrir les mêmes services dans la même aire géographique et dans des conditions substantiellement identiques* ».

Dans les faits, cette exclusion a peu de chance de trouver à s'appliquer en droit français dès lors que l'article L. 1425-1 I du CGCT prévoit que « *les collectivités territoriales et leurs groupements ne peuvent fournir des services de communications électroniques aux utilisateurs finals qu'après avoir constaté une insuffisance d'initiatives privées propres à satisfaire les besoins des utilisateurs finals et en avoir informé l'Autorité de régulation des communications électroniques.* »

En revanche, les dispositions de l'ordonnance Concessions trouvent à s'appliquer lorsque le pouvoir adjudicateur n'agit pas aux conditions du marché, mais dans le cadre d'un réseau d'initiative publique (RIP) tel que défini à l'article L. 1425-1 IV du CGCT selon lequel :

« *IV. – Quand les conditions économiques ne permettent pas la rentabilité de l'établissement de réseaux de communications électroniques ouverts au public ou d'une activité d'opérateur de communications électroniques, les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent mettre leurs infrastructures ou réseaux de communications électroniques à disposition des opérateurs à un prix inférieur au coût de revient, selon des modalités transparentes et*



non discriminatoires, ou compenser des obligations de service public par des subventions accordées dans le cadre d'un contrat de concession ou d'un marché public, qui imposent une publicité préalable.

## VIII. SECRET

### SOURCES JURIDIQUES



#### Article 13-13° de l'ordonnance Concessions

Sont exclus : « Les contrats de concession qui exigent le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'Etat l'exige, à condition que cette sécurité ou cette protection ne puisse pas être garantie par d'autres moyens ».

Cette disposition est à rapprocher de l'article 15 qui prévoit que l'ordonnance ne s'applique pas aux « *contrats de concession de défense ou de sécurité* » présentant certaines caractéristiques. L'article 13-13° concerne donc des contrats de services ou de travaux qui, bien que n'ayant pas un objet relatif à la défense et à la sécurité, nécessitent le secret ou des mesures de sécurité.

En matière de marchés publics, la question de l'application d'une disposition similaire a été posée à l'occasion de l'achat par l'État de vaccins contre la grippe A (H1N1) sur le fondement de l'article 3-7° du Code des marchés publics qui excluait de son champ d'application les marchés nécessitant le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige. On pourrait imaginer qu'au lieu d'acheter directement, l'État concède à un prestataire la fourniture des vaccins (sous réserve d'admettre qu'il s'agit d'un service et non d'une fourniture de produit).

C'est aussi à propos de cette disposition du code des marchés publics que la Cour administrative d'appel de Paris a jugé qu'elle ne fait pas obstacle à l'application des « *principes généraux de la commande publique* »<sup>20</sup>.

20. Cour administrative d'appel de Paris, 17 mars 2014, sociétés Elektron et Foretec, n°12PA00199

## IX. INTERNATIONAL



### SOURCES JURIDIQUES

#### Article 13-14° de l'ordonnance Concessions

Sont exclus : « Les contrats de concession qui doivent être conclus selon des procédures prévues par :

- a) Un accord international, y compris un arrangement administratif, conclu entre un Etat membre de l'Union européenne et un ou plusieurs Etat tiers ou une subdivision de ceux-ci, portant sur des travaux ou des services destinés à la réalisation ou à l'exploitation en commun d'un projet par ses parties signataires. Cet accord est communiqué à la Commission européenne ;
- b) Une organisation internationale »

#### Article 13-15° de l'ordonnance Concessions

Sont exclus : « Les contrats de concession qui sont conclus :

- a) Selon la procédure propre à une organisation internationale lorsque le contrat de concession est entièrement financé par cette organisation internationale ;
- b) Selon la procédure convenue entre une organisation internationale et un pouvoir adjudicateur, lorsque le contrat de concession est cofinancé majoritairement par cette organisation internationale ».

Les concessions passées en application d'accords internationaux conclus entre États-membres sont assez nombreuses, notamment en matière d'infrastructures ferroviaires ; elles ne sont pas visées par le a) de cette disposition, qui ne concerne que le cas où la concession est signée en application d'un **accord international avec un État tiers**.

Lorsque le contrat est conclu par une organisation internationale, il est hors du champ du droit de l'UE aussi bien que du droit national. Les organisations internationales ont, en général, défini les règles de passation de leurs marchés, mais n'ont pas envisagé les concessions.

L'exception prévue au 13-15° diffère de celle qui est prévue au 13-14°-b) en ce que le critère qui est retenu est celui du financement ou co-financement ; le contrat peut être conclu par un pouvoir adjudicateur autre que celui qui finance. Si le financement est entièrement assuré par une organisation internationale, la probabilité qu'il ait un caractère concessif est très faible.

# ENTITÉS ADJUDICATRICES : EXAMEN DES PRINCIPAUX CAS D'EXCLUSION À RAISON DE L'OBJET

Quand la concession est conclue par une entité adjudicatrice, sont applicables les exceptions valables pour les pouvoirs adjudicateurs, sauf celle qui est prévue à l'article 13-12° (communications électroniques), parce qu'en ce cas l'acheteur n'est pas une entité adjudicatrice.

L'exception tirée de l'existence d'un droit exclusif est traitée dans la fiche 1.

Une exception spécifique et circonstancielle a été reprise de la directive sur les marchés. Elle figure à l'article 14-3° et concerne « *les contrats de concession passés par les entités adjudicatrices dans un Etat membre de l'Union européenne ou dans une aire géographique déterminée d'un Etat membre, lorsque la Commission européenne a reconnu que, dans cet Etat ou dans l'aire géographique concernée, cette activité est exercée sur des marchés concurrentiels dont l'accès n'est pas limité* ».

Ce mécanisme remonte à l'article 30 de la directive 2004/17 sur les marchés des entités adjudicatrices et il a été repris à l'article 34 de la directive 2014/25 pour les marchés des opérateurs de réseaux. Selon ces dispositions, si dans un secteur concerné par la directive il s'avère que dans un État membre l'activité est exposée à la concurrence sur des marchés dont l'accès n'est pas limité, alors la directive cesse de s'appliquer, ce qui ouvre un régime de liberté de passation des marchés.

Pour comprendre la raison d'être de ce mécanisme, il faut revenir aux origines de la réglementation des marchés des entités adjudicatrices.

Ces entités sont soumises à réglementation parce qu'elles sont, d'une manière ou d'une autre, placées dans l'orbite de la sphère publique. Toutefois, lorsqu'un organisme est dans la sphère publique, mais a pour objet une activité d'entreprise, son intérêt économique est supposé l'inciter à mettre ses marchés en concurrence et donc à ne pas pratiquer la préférence nationale, sans qu'il soit besoin de l'y contraindre (ce qui explique qu'un « organisme de droit public » ne doit pas avoir pour objet de répondre à un besoin industriel ou commercial). Mais cette incitation économique ne fonctionne que si l'entreprise intervient sur un marché concurrentiel. Or, dans le cas des entités adjudicatrices, les marchés concernés ne sont pas concurrentiels ou le sont peu, ce à quoi vient remédier la directive sur les marchés des entités adjudicatrices.

Mais, sous l'influence du droit de l'Union européenne, les activités d'opérateurs de réseaux sont peu à peu libéralisées. Lorsque la libéralisation est suffisamment avancée, il n'est plus nécessaire de soumettre la passation des marchés à une réglementation, ce qui justifie l'existence d'une procédure de sortie.

Ce mécanisme est logique dans le cas où l'entité adjudicatrice a une activité d'entreprise, c'est-à-dire prend effectivement en charge l'activité de réseau, ce qui a été considéré comme une condition d'application des règles sur les marchés des entités adjudicatrices

par le Conseil d'État, qui a jugé que les règles dérogatoires ne s'appliquent pas aux « *actes par lesquels une personne publique confie à un tiers l'exploitation d'un des réseaux fixes* », sans que la personne publique se livre elle-même à l'exploitation<sup>21</sup>.

Mais avec la directive sur les concessions, la notion d'entité adjudicatrice a évolué puisqu'il est admis que le concédant intervient en qualité d'entité adjudicatrice alors même lorsqu'il confie la gestion de l'entreprise à un tiers. En pareil cas, le concédant n'intervient pas sur le marché, c'est le concessionnaire qui est l'opérateur économique. La reproduction du mécanisme édicté pour les marchés publics n'a ainsi qu'une portée limitée pour les concessions.

---

21. CE sect. 9 juillet 2007, Syndicat EGF-BTP et autres, 297711 ; BJCP 2007, p. 366, concl. Boulouis ; AJDA 2007. 1593, note Dreyfus ; Ctts et MP, 2007, com. 240, note Zimmer ; JCP A 2007, com. 2213, note Linditch). Cette solution a été confirmée par la suite pour des réseaux non fixes (CE 14 décembre 2009 Département du Cher, 330052, JCP A 2010. 2049, note P. Neveau ; CE 23 novembre 2011 Société GIHP Lorraine Transports, 349746, Ctts et MP, 2012, com. 9, obs. Zimmer

# **PARTIE 3 :**

## **EXCLUSIONS APPLICABLES AUX RELATIONS INTERNES AU SECTEUR PUBLIC**

<b>FICHE 6</b> LA QUASI-REGIE OU « <i>IN HOUSE</i> ».....	30
<b>FICHE 7</b> COOPERATION ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS.....	44
<b>FICHE 8</b> CONTRATS DE CONCESSION ATTRIBUES PAR UNE ENTITE ADJUDICATRICE A UNE ENTREPRISE LIEE.....	50

### LA QUASI-REGIE OU « IN HOUSE »



#### SOURCES JURIDIQUES

##### Article 16 de l'ordonnance Concessions

« Un pouvoir adjudicateur est réputé exercer sur une personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, 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.

II. - Le I s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, attribue un contrat de concession :

1° Soit au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, y compris lorsque ce contrôle est exercé conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs dans les conditions fixées au III ;

2° Soit à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le contrat de concession 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 qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

III. - La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession attribués par un pouvoir adjudicateur, y compris lorsqu'il agit en qualité d'entité adjudicatrice, qui n'exerce pas sur une personne morale un contrôle dans les conditions prévues au I, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ;

2° La personne morale réalise plus de 80 % de son activité dans le cadre 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 ;

3° 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 la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Les pouvoirs adjudicateurs sont réputés exercer un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque les conditions suivantes sont réunies :

a) 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 ;

b) 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 ;

c) La personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

IV. - Le pourcentage d'activités mentionné au 2° du I et au 2° du III est déterminé en prenant en compte le chiffre d'affaires total moyen ou tout autre paramètre approprié fondé sur les activités, tel que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du contrat de concession.

Lorsque ces éléments ne sont pas disponibles ou ne sont plus pertinents, le pourcentage d'activités est déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable. »

## INTRODUCTION

Le droit de la commande publique repose sur les trois principes du libre accès, de l'égalité de traitement et de la transparence dont le respect est garanti par le respect des formalités de publicité et de mise en concurrence<sup>22</sup>. Les règles de mise en concurrence des contrats de la commande publique sont assorties d'exceptions. Le régime du « *in house* »<sup>23</sup> (en anglais) ou « contrat de quasi-régie » (en français) constitue l'une de ces exceptions. Les autorités concédantes peuvent, en vertu du principe de liberté du choix du mode de gestion<sup>24</sup>, choisir ce régime du moment qu'elles en réunissent les conditions.

La notion de quasi-régie a été reconnue et consolidée par la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, avant d'être intégrée dans les directives de 2014 dont l'ordonnance Concessions est la transposition.

### NOTE SUR L'USAGE DE LA JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE AUX DIRECTIVES DE 2014

Le régime du « *in house* » et de la coopération public-public a été à l'origine défini par la CJUE, qui a admis sans fondement textuel des exceptions à l'application des directives sur les marchés, aussi bien qu'au principe de transparence (en appliquant le « *in house* » aux concessions). Étant donné que les directives de 2014 reprennent pour l'essentiel ladite jurisprudence, celle-ci conserve sa pertinence pour éclairer le sens des textes (et il en va de même pour la jurisprudence du Conseil d'État).

Néanmoins, sur certains points les directives ne reprennent pas la jurisprudence. En premier lieu, elles ont étendu le domaine de la quasi-régie en ajoutant au cas classique ici examiné d'attribution par l'autorité concédante à une entité qu'elle contrôle deux cas nouveaux : la quasi-régie inversée (attribution par l'entité contrôlée à l'organisme qui la contrôle) et la quasi-régie horizontale (attribution entre deux entités soumises à un contrôle commun). En second lieu, elles remettent en cause partiellement la solution selon laquelle toute participation privée exclut l'existence d'une relation « *in house* ». En ce dernier cas, on peut s'interroger sur la conformité de la directive au principe de transparence.

22. Article 1 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

23. *Vocabulaire de l'économie et des finances (liste de termes, expressions et définitions adoptés)*, JORF n°269 du 19 novembre 2008, p. 17687.

24. Article 2 de la directive 2014/23/UE, transposé à l'article 4 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession : « Les autorités concédantes, définies à l'article 8, sont libres de décider du mode de gestion qu'elles estiment le plus approprié pour exécuter des travaux ou gérer des services. Elles peuvent choisir d'exploiter leurs services publics en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités concédantes, ou de les concéder à des opérateurs économiques. »

Ce régime juridique permet à une autorité concédante d'attribuer directement un contrat de concession à une entité juridiquement distincte, c'est-à-dire sans mise en concurrence, sous plusieurs conditions :

- i. l'autorité concédante doit exercer sur le concessionnaire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (I);
- ii. 80% de l'activité réalisée par le concessionnaire doit se faire pour le compte de la (les) autorité(s) concédante(s) qui la contrôle(nt) (II) ;
- iii. il ne doit pas exister de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage et requises par la loi (III).

L'article 16 de l'ordonnance Concessions, qui prévoit ces trois conditions, a partiellement intégré la jurisprudence européenne en matière de « *in house* », notamment l'arrêt Teckal, premier arrêt à écarter les procédures de mise en concurrence « *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*<sup>25</sup>. »

La jurisprudence européenne a, par la suite, précisé les critères du contrôle analogue, y compris dans le cas d'un contrôle conjoint par plusieurs autorités publiques.

A noter que le régime de la quasi-régie s'applique aussi bien aux pouvoirs adjudicateurs (PA) que, depuis la réforme des contrats de la commande publique, aux entités adjudicatrices (EA)<sup>26</sup>.

Enfin, ce régime s'applique aussi bien aux marchés publics<sup>27</sup> qu'aux contrats de concession<sup>28</sup>.

## I. LE CONTRÔLE ANALOGUE

### I.1. LES CONDITIONS DE L'EXISTENCE DU CONTRÔLE ANALOGUE

L'ordonnance Concessions reprend en grande partie la jurisprudence constante de la CJUE en matière de « *in house* » en lui donnant, cependant, une plus grande extension.

Il existe deux conditions pour établir un contrôle analogue : (1) l'autorité concédante doit participer au capital de l'entité et (2), celle-ci doit avoir une influence déterminante sur la vie de l'entité.

#### I.1.A. PARTICIPATION DE L'AUTORITÉ CONCÉDANTE AU CAPITAL DE L'ENTITÉ

Pour la CJUE, lorsque l'entité en cause est dotée d'un capital, la détention de la totalité du capital par une ou des autorités concédantes tend à indiquer l'existence d'un contrôle analogue<sup>29</sup>.

Cependant, la Cour a également conclu que ce critère n'était pas suffisant en soi pour établir la circonstance d'un contrôle analogue. Dans l'arrêt *Carbotermo SpA*, au paragraphe. 37, la Cour constate que : « *La circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble*

25. CJCE, 18 novembre 1999, Teckal Srl, aff. C-107/98, para. 50.

26. Cf « Preamble » sur la définition des autorités concédantes

27. Article 17 de l'ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015

28. En ce sens l'arrêt CJUE, 10 septembre 2009, Sea, C 573/07, para. 35 à 40 ; CJUE, 29 novembre 2012, ECONORD SpA, aff. C-182/11 et C-183/11, para. 26.

29. Voir en ce sens les arrêts CJCE, 11 mai 2006, Carbotermo SpA, aff. C-340/04, para. 37 ; CJCE, 13 novembre 2008, Coditel Brabant SA c/ Cne D'Uccle, aff. C-324/07 para 31, et l'arrêt SEA précité



avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tend à indiquer, **sans être décisive**, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ».

La jurisprudence interne souligne également que la seule participation au capital de l'entité en cause par l'autorité concédante est un critère nécessaire, mais non suffisant. Comme l'a montré le Conseil d'Etat : « *Que pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur [une] société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, [la] collectivité doit participer non seulement à son capital mais également aux organes de direction de la société* »<sup>30</sup>. Le Conseil d'Etat souligne par cette décision que même une détention capitalistique minimale peut remplir le critère du contrôle analogue, du moment que l'autorité exerce un pouvoir décisionnel sur la vie de l'entité.

A titre de remarque, la jurisprudence de l'Union européenne avait posé le principe d'une interdiction de participations directes de capitaux privés au sein de l'entité. Une participation d'une entreprise privée, même minoritaire dans le capital d'une société à laquelle participe également l'autorité concédante exclut que cette autorité concédante puisse exercer un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services<sup>31</sup>. La directive puis l'ordonnance Concessions ont repris le principe mais ont introduit un assouplissement important à cette prohibition<sup>32</sup>.

### I.1.B. PARTICIPATION DE L'AUTORITÉ CONCÉDANTE À LA VIE DE L'ENTITÉ

Le deuxième critère est celui du contrôle des décisions : l'ordonnance précise en effet que l'autorité concédante :

*« Est réputée exercer un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. ».*

Ce critère est issu de la jurisprudence de la CJUE sur ce sujet, qui parle d'ailleurs « d'influence **déterminante** » et non décisive<sup>33</sup>.

Cela signifie par exemple que l'entité ne doit disposer d'aucune autonomie dans son fonctionnement et dans son activité et ne doit pas pouvoir déterminer, notamment, les prestations qu'elle doit exécuter, leur contenu, leur tarif<sup>34</sup>.

Ce critère implique deux autres critères sous-jacents :

- > L'existence d'un contrôle structurel et fonctionnel (*Commission /c. Italie*, para. 26) : l'autorité concédante doit avoir la possibilité de participer aux organes de direction du concessionnaire. Cela peut se manifester différemment en fonction des entités contrôlées, notamment à travers :
  - le pouvoir de désignation de la majorité des membres de l'organe d'administration ou de direction de l'entreprise ou de nomination du dirigeant ;
  - la détention de la majorité des sièges de l'organe de direction.
- > L'existence d'un contrôle effectif : en effet, le contrôle sur les décisions de l'entité ne passe pas uniquement par un contrôle structurel et fonctionnel. Encore faut-il que celui-ci soit réellement effectif<sup>35</sup>.

30. CE, 6 novembre 2013, Commune de Marsannay-la-Côte, n° 365079

31. CJUE, 21 juillet 2005, CONAME, C-231/03, point 26 ; CJUE, 6 avril 2006, ANAV, C-410/04, point 30.

32. Voir le III. de la fiche « Opérateur interne et participations privées »

33. CJCE, 13 octobre 2005, Parking Brixen GmbH, aff. C-458/03, para. 65 ; arrêt Coditel Brabant précité, para. 28 ; et arrêt Sea précité, para. 6).

34. CJUE, 19/04/2007, ASEMFO para. 57 à 61

35. Arrêt précité Coditel Brabant, para. 46.

La jurisprudence nationale apporte également des précisions sur l'appréciation de ce critère. Par exemple, le Conseil d'Etat a distingué le contrôle analogue du simple contrôle de tutelle, dont l'intensité est moindre : « **Malgré la tutelle que l'Etat exerce sur l'UGAP, il n'est pas possible de considérer que l'Etat, ni a fortiori aucune collectivité locale, exerce sur l'ensemble des activités de l'UGAP un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres activités** »<sup>36</sup>.

La jurisprudence nationale a également intégré les sous-critères posés par la Cour. Le Conseil d'Etat a jugé que : la commune « *ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de cette société, approuve les concessions d'aménagement, et n'y a voix délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires, d'autre part, qu'elle ne peut seule, requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour, selon l'article 27 des statuts, dès lors qu'elle détient moins de 5 % du capital de la société, et, enfin, qu'aucun des organes au sein desquels elle est directement représentée, que sont l'assemblée spéciale des petits actionnaires, le comité technique et financier et le comité de contrôle, ne disposent, en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à cette société, d'un pouvoir décisionnaire* »<sup>37</sup>. Manifestement, la commune en cause ne détenait aucun contrôle structurel et fonctionnel sur les services de l'entité, seulement un rôle modeste dans sa gouvernance, ce qui fait obstacle à la qualification d'un contrôle analogue.

A l'opposé, la Cour administrative d'appel de Bordeaux reconnaît la qualification de contrôle analogue au contrôle exercé par l'actionnaire majoritaire (plus de 98% du capital de l'entité), qui « *exerce pour son compte et celui des autres actionnaires un contrôle comparable à celui exercé sur ses propres services* »<sup>38</sup>. L'exception du « *in house* » va alors également bénéficier aux actionnaires minoritaires indirectement.

A noter que l'appréciation de ce critère de contrôle des décisions de l'entité s'exerce *in concreto* par les juridictions européennes et nationales. Celles-ci peuvent prendre en compte par exemple :

- > La composition des organes de décision (*Coditel Brabant*) ;
- > La personne qui fixe les tarifs des interventions de l'entité (*ASEMFO*, para. 60) ;
- > Le caractère obligatoire ou non des missions confiées à l'entité par l'autorité publique en question (*ASEMFO*, para. 53) ;
- > La nature des relations qu'entretient l'entité avec l'autorité publique : internes, dépendantes et subordonnées, ou bien contractuelles (*ASEMFO*, para. 51) ;
- > Les pouvoirs attribués au conseil d'administration et la possibilité d'exercice d'un « *contrôle gestionnaire* » par l'autorité publique (*Parking Brixen*<sup>39</sup>) ;
- > La nomination des membres des organes de direction (*Commission/c. Italie*<sup>40</sup>)
- > La fixation des frais de fonctionnement (*Commission /c. Italie*) ;
- > Le contrôle comptable (*Commission /c. Italie*) ;
- > Les pouvoirs des organes de l'entité (*Commune de Marsannay-la-Côte*).

36. CE, 27 juillet 2001, CAMIF, n°218067

37. Arrêt Commune de Marsannay-la-Côte précité

38. Cour administrative d'appel de Bordeaux, 18 juillet 2016, SPL Pompes funèbre publiques des communes associées – AUNIS, req. n°15BX00314

39. Milite dans le sens contraire à la reconnaissance du contrôle analogue l'analyse de la Cour, qui énonce que : « Concrètement quant aux pouvoirs attribués audit conseil d'administration, il ressort de la décision de renvoi que les statuts de Stadtwerke Brixen AG, notamment leur article 18, donnent à cet organe de très amples pouvoirs de gestion de cette société, puisqu'il dispose de la faculté de prendre tout acte qu'il juge nécessaire à la réalisation de l'objet de la société ».

40. CJUE, 17 juillet 2008, Commission c/ Italie, aff. C-371/066

## I.2 LES CONDITIONS DU CONTRÔLE CONJOINT

Conformément à la jurisprudence européenne, l'article 16. III de l'ordonnance Concessions prévoit qu'en cas de recours à une entité détenue en commun par plusieurs autorités publiques, le contrôle analogue peut être exercé conjointement par ces autorités, sans qu'il soit indispensable que ce contrôle soit exercé individuellement par chacune d'elles<sup>41</sup>.

La CJUE pose une limite néanmoins à ce principe dans l'arrêt *ECONORD SpA*, au paragraphe 30 :

*« Dans ces conditions, si, en cas de recours de plusieurs autorités publiques à une entité commune aux fins de l'accomplissement d'une mission commune de service public, il n'est, certes, pas indispensable que chacune de ces autorités détienne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci 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. »*

Chaque pouvoir adjudicataire doit en effet avoir la possibilité d'exercer un contrôle fonctionnel et effectif au sein de l'entité concernée et ce afin d'éviter un contournement de l'application des règles de mise en concurrence des contrats de la commande publique. **L'accent est donc placé sur le contrôle fonctionnel et effectif par le pouvoir adjudicateur associé et non sur sa participation au capital de l'entité contrôlée.** Il ressort de la jurisprudence européenne que le pourcentage de détention du capital de l'entité par le pouvoir adjudicateur importe peu pour la soustraction à la mise en concurrence<sup>42</sup>.

Dans le cas d'un contrôle conjoint, la condition du contrôle analogue est remplie *« lorsque chacune des autorités participe tant au capital qu'aux organes de ladite entité. »* (para. 33, *ECONORD SpA*). Il appartient ensuite aux juridictions nationales d'analyser les pactes d'actionnaires pour déterminer s'ils permettent effectivement aux autorités publiques de contribuer au contrôle de l'entité.

### ZOOM SUR LE CRITÈRE DE CONTRÔLE DES DÉCISIONS DANS L'AFFAIRE SEA SARL :

Dans l'affaire *Sea Sarl* du 10 septembre 2009 (C-573/07), la CJUE analyse les mécanismes de contrôle prévus par les statuts. La Cour rappelle tout d'abord que *« S'agissant d'un organe collégial, la procédure utilisée pour la prise de décision, notamment le recours à la majorité, est sans incidence »* (para. 60). En l'espèce, les statuts de l'entité contrôlée prévoient l'existence de deux entités : un comité unitaire et un comité technique. Chaque collectivité possède une voix au sein de ces comités quels que soient la taille de la collectivité concernée ou le nombre d'actions qu'elle détient. Par ailleurs, en vertu des statuts de l'entité, ces comités ont de larges pouvoirs de contrôle et de décision.

Corrélativement, les statuts limitent les pouvoirs de l'assemblée générale en imposant à celle-ci de tenir compte des orientations et des instructions arrêtées par les comités susmentionnés et en exigeant un avis favorable du comité unitaire avant que l'assemblée générale puisse autoriser l'accomplissement de certains actes par les administrateurs de la société. De même, l'autonomie décisionnelle du conseil d'administration est restreinte : celui-ci doit respecter les pouvoirs réservés auxdits comités et subordonner ses décisions au respect des instructions émanant de ceux-ci. Par conséquent, la Cour conclut que les collectivités actionnaires, par l'intermédiaire de ces comités, sont en mesure d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de l'entité.

41. Voir, en ce sens, arrêts précités *Coditel Brabant*, para. 47 et 50, ainsi que *Sea*, para. 63

42. Voir en ce sens l'arrêt *ASEMFO* précité, para. 58 – en l'espèce, la collectivité mise en cause ne possède que 0.25% de l'entité concessionnaire.

La jurisprudence nationale est encore une fois au diapason du droit de l'Union européenne, comme l'illustre l'arrêt Commune de *Marsannay-la-Côte* déjà mentionné, où le juge administratif estime que la faible détention capitalistique (en l'espèce, la commune possédait 1.076% du capital de la SPLAAD) d'une des autorités concédantes n'exclut pas de bénéficier de l'exception du « *in house* ». Ni le juge ni la loi ne fixe de seuil minimum. Le critère déterminant est celui selon lequel chaque actionnaire, quel que soit son pourcentage d'actions, doit participer à la prise de décision de la société s'agissant des décisions importantes et stratégiques pour la société.

Plus récemment, il ressort désormais explicitement des dispositions de l'article 16 III 3° a de l'ordonnance) que **la condition du contrôle analogue est remplie dès lors qu'une même personne représente plusieurs pouvoirs adjudicateurs actionnaires ou l'ensemble d'entre eux dans les organes décisionnels de l'entité contrôlée**<sup>43</sup>.

## II. APPRÉCIATION DU CRITÈRE DE L'ACTIVITÉ ESSENTIELLE DANS LES CONTRATS « *IN HOUSE* »

Le critère relatif à l'activité est une condition de la mise en œuvre de l'exception « *in house* ». Ce critère a été initialement dégagé par la jurisprudence européenne et a été repris en droit français (A), avant d'être récemment modifié par les directives européennes et les ordonnances sur les marchés publics et les concessions (B).

### II.1. JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE AUX « TEXTES CONCESSIONS »

#### II.1.A. JURISPRUDENCE EUROPÉENNE

La jurisprudence européenne se traduisait par une absence de seuil ou d'indice clair permettant de caractériser l'activité de l'entité au profit de la collectivité comme étant essentielle.

L'avocate générale Mme Christine Stix-Hackl, dans ses conclusions sous l'arrêt de la CJUE *Carbotermo SpA*, précise à ce titre que les seuils d'activités sont « multiples ». Elle ajoute que ce seuil peut aller de « plus de 50% à exclusivement, en passant par, dans une proportion notable, essentiellement, ou presque exclusivement ». L'appréciation de ce critère s'effectue donc au cas par cas, en fonction d'éléments qualitatifs et quantitatifs, au regard des activités réalisées pour le compte de la collectivité et en fonction du chiffre d'affaires réalisé à cette occasion.

Reprenant les principes issus de l'arrêt *Carbotermo SpA*, la Cour de justice a récemment rappelé que l'activité de l'opérateur « *in house* » doit être consacrée principalement aux collectivités qui la détiennent, toute autre activité accessoire devant être uniquement marginale<sup>44</sup>.

Pour apprécier le caractère marginal de l'activité en cause, la CJUE précise que l'ensemble des circonstances qualitatives et quantitatives de l'espèce devra être pris en compte, et notamment le chiffre d'affaires réalisé, qui se traduit par celui réalisé « *en vertu des décisions d'attribution prises par cette ou ces collectivités de tutelle* ».

Dans le cas où l'opérateur interne exerce son activité pour le compte de plusieurs collectivités placées en contrôle conjoint, la CJUE a également reconnu l'application de l'exception « *in house* » sans tenir compte du lieu des activités exercées et/ou de la part plus ou moins importante des prestations confiées par les différentes collectivités<sup>45</sup>.

43. Voir l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Bordeaux, SPL Pompes funèbre publiques des communes associées – AUNIS précité

44. CJUE, 8 décembre 2016, Undis Servizi Srl, aff. C-553/15

45. Voir l'arrêt *Carbotermo SpA* précité

S'il est admis que le volume des commandes passées à l'entité dédiée n'a pas à être nécessairement égal ou proportionnel à l'importance de chaque pouvoir adjudicateur dans le capital ou les organes de direction de cette dernière<sup>46</sup>, l'hypothèse de la création d'une telle entité dont le but principal serait de répondre **uniquement** aux besoins d'un seul des pouvoirs adjudicateurs la contrôlant serait de nature à fragiliser la relation de quasi-régie<sup>47</sup>.

Dans son arrêt Undis précité, la Cour de justice précise également que des activités effectuées avant la date à laquelle le contrôle analogue de la collectivité devient effectif peuvent être prises en compte dans le critère de l'activité essentielle si ces activités perdurent lors de la conclusion du contrat.

## II.1.B. JURISPRUDENCE FRANÇAISE

S'agissant des juridictions françaises, dans le droit fil de la jurisprudence européenne, le Conseil d'Etat a estimé que seule une « **diversification purement accessoire** » pouvait être admise en matière de « *in house* »<sup>48</sup> :

*« Considérant que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ; »*

Ainsi, très peu d'indices étaient donnés sur la définition du caractère accessoire ou marginal de l'activité de l'entité contrôlée ! Les nouvelles directives européennes ont permis de clarifier ce point.

## II.2. LA CONSÉCRATION DU SEUIL PAR LES DIRECTIVES ET LEURS TEXTES DE TRANSPOSITION

Les directives Marchés publics et Concessions, transposées en droit français par les ordonnances Marchés (article 17) et Concessions (article 16) précisent le champ d'application de l'exception « *in house* ».

**Ces textes imposent que l'entité qualifiée de quasi-régie exerce au moins 80 % de son activité pour le compte de la collectivité publique. L'introduction de ce quantum met donc fin à l'incertitude sur l'examen du critère de l'activité essentiellement consacrée à la collectivité.**

Il en résulte qu'une entité demeurera en situation de quasi-régie tout en pouvant réaliser jusqu'à 20% de son activité sur le marché concurrentiel.

46. Voir en ce sens l'arrêt ASEMFO précité - l'Etat espagnol et des communautés autonomes détenaient respectivement 99% et 1% du capital d'une entité dédiée, celle-ci réalisant 35% de son activité avec l'Etat et 55% avec les communautés.

47. Fiche DAJ, les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public

48. CE Sect., 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n°284736

La question se pose cependant toujours de savoir comment sera calculé ce pourcentage :

- > Les deux ordonnances précisent que le pourcentage d'activités réalisé par l'entité dédiée doit être déterminé de façon pragmatique sur des considérations quantitatives et qualitatives, **en tenant compte, notamment, du chiffre d'affaires total moyen ou de tout autre paramètre approprié fondé sur ses activités, tels que les coûts supportés, au cours des trois exercices comptables précédant l'attribution du contrat**<sup>49</sup>. Il convient ainsi « *de tenir compte de toutes les activités que cette [entité] réalise sur la base d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur et ce, indépendamment de savoir qui rémunère cette activité* »<sup>50</sup>. Par ailleurs, dès lors que ces informations ne sont pas disponibles ou apparaissent non pertinentes, le pourcentage devra être déterminé sur la base d'une estimation vraisemblable qui devra être sérieuse et reposer sur des bases objectives ;
- > Exemple de modalités de calcul du pourcentage d'activité<sup>51</sup> :  
Une entité X est détenue respectivement à hauteur de 30% et de 70 % par une commune et un Etablissement Public Local. Le chiffre d'affaires de l'entité pour les trois dernières années précédant l'attribution du contrat s'élève à 785 000 euros, réparti comme suit : 386 020 € de prestations réalisées pour le compte de la commune ; 271 780 € de prestations facturées à l'EPL ; 127 200 € de prestations réalisées pour des tiers. Le seuil des 80% est donc atteint.

Cette condition fera probablement l'objet de précisions jurisprudentielles.

### ZOOM SUR LES SOCIÉTÉS PUBLIQUES LOCALES (SPL)

Alors que la proposition de loi sénatoriale à l'origine de l'introduction des SPL en droit français réservait à ces nouveaux types de sociétés la possibilité d'exercer des activités accessoires, le texte voté et codifié à l'article L. 1531-1 du CGCT contraint les SPL à n'exercer une activité que pour le compte de leurs collectivités actionnaires et sur le territoire de ces dernières. Toute activité accessoire leur est donc en principe interdite.

Ainsi, alors que le régime des SPL a été créé afin d'intégrer en droit interne le régime « *in house* » issu de la jurisprudence « *Teckal* », le législateur s'est volontairement montré plus restrictif que la jurisprudence européenne et certaines sociétés publiques soutiennent aujourd'hui que la loi française est contraire au droit européen. Pour l'heure, le juge a cependant refusé de transmettre une question préjudicielle à la Cour de justice sur ce sujet<sup>52</sup>.

49. Article 17-IV de l'ordonnance Marchés et article 16-IV de l'ordonnance Concessions

50. Arrêt Cabotermo SpA précité

51. Fiche DAJ « Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public », MINEFI, 21 juin 2016

52. CAA de Lyon, 8 juin 2017, Société d'exploitation mutualisée pour l'eau, l'environnement, les réseaux l'assainissement dans l'intérêt du public (SEMERAP), n° 17LY00318



### III. OPÉRATEUR INTERNE ET PARTICIPATION DES CAPITAUX PRIVÉS

La publication de l'ordonnance Concessions a relancé le débat autour du régime d'attribution directe des contrats (*régime « in house »*) et du positionnement concurrentiel des sociétés d'économie mixte locales (SEML) (*ex : positionnement d'un « opérateur interne » de transport public urbain, au regard de la réglementation sectorielle dite R.O.S.P du 23 octobre 2007*).

Ces interrogations relatives au régime d'attribution directe des contrats, sont entretenues par la consécration d'un régime d'exception plus ouvert, en faveur d'entités (opérateurs internes) qui ne sont pas forcément détenues à 100 % par leurs collectivités publiques actionnaires.

Les dispositions de l'article 16 de l'ordonnance Concessions, semblent ouvrir la possibilité d'une attribution directe de contrats (*sans mise en concurrence*) au bénéfice des SEML, et ce :

- > en dépit de la décision rendue le 20 janvier 1993 par le Conseil Constitutionnel (*principe d'égalité et de soumission des SEM aux obligations de mise en concurrence des contrats*),
- > et ce, au-delà de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union Européenne ayant abordé le critère du « contrôle analogue » dans ces termes : « **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... que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services** »<sup>53</sup>.

#### III.1. UN CONTRÔLE ANALOGUE EXCLUANT TOUTE PARTICIPATION MINORITAIRE D'UNE PERSONNE PRIVÉE

Ainsi, selon cette jurisprudence, il était exclu qu'une autorité publique puisse exercer sur une entité un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, si une entreprise privée détenait une participation fût-elle très minoritaire dans le capital de cette entité.

Cette solution reste valable en principe, le texte de l'article 16-I-3° de l'ordonnance Concessions exigeant que « *la personne morale contrôlée ne comporte pas de participation directe de capitaux privés* ».

On a longtemps considéré que le motif de cette exclusion était que la présence d'un actionnaire privé introduisait un élément de divergence d'intérêts faisant obstacle à l'exercice d'un contrôle analogue.

Dans les préambules des directives Marchés Publics et Concessions, un motif supplémentaire est invoqué ; il consiste en ce que l'attribution sans mise en concurrence apporte un avantage indu à un opérateur privé : l'attribution de la « **concession sans recours à une procédure de mise en concurrence conférerait à l'opérateur économique privé détenant une participation dans le capital de la personne morale contrôlée un avantage indu par rapport à ses concurrents** »<sup>54</sup>.

Cependant, une exception à la prohibition des participations privées est introduite par les directives et reprise par les ordonnances Marchés Publics et Concessions. La portée de cette exception est définie en fonction des deux motifs qui fondent la prohibition de principe des participations privées.

**En premier lieu, pour que la prohibition ne s'applique pas, il doit s'agir de « formes de participation [...] requises par la loi ».**

53. CJCE, 11 janvier 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, aff. C-26/03

54. Directive 2014/23 du 26 février 2014 relatives aux marchés publics, cons. 46 ; Directive Concessions, cons. 32).

L'idée est ici que :

- > l'opérateur privé bénéficie d'un avantage à travers sa participation à une entité qui obtient un contrat sans mise en concurrence ;
- > cet avantage est indu si la personne privée est associée à l'entité de manière aléatoire, sans référence à des règles objectives. En revanche, si l'association est prévue par la loi « *ces participations ne nuisent pas à la concurrence entre les opérateurs économiques privés* »<sup>55</sup>.

Cette idée de départ étant admise, il paraît logique de considérer que la législation n'est pertinente que si elle prévoit, **non pas, la participation de n'importe quelle personne privée, dont on ne voit pas pourquoi elle serait privilégiée par rapport à d'autres, mais celle d'une catégorie particulière.**

La lettre du texte va en ce sens. L'emploi de l'expression « *formes de participation* » paraît impliquer qu'il ne s'agit pas de n'importe quelle participation, qu'il ne suffit pas que la loi prévoie une participation privée quelconque. C'est ce que semble aussi confirmer la formulation du préambule qui fait référence à « *la participation d'opérateurs économiques privés **spécifiques** dans le capital de la personne morale contrôlée* ». Mais ce caractère spécifique n'est pas repris dans le texte de la directive, ce qui laisse subsister un doute.

**La deuxième condition, cumulative avec la précédente**, correspond au second motif de l'exclusion de principe des participations privées : elles font obstacle au contrôle analogue. **C'est pourquoi l'exception ne vaut que pour les « formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par la loi qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».**

### **III.2. LA TRANSPOSITION EFFECTUÉE PAR L'ORDONNANCE CONCESSIONS**

Dans ce contexte, les ordonnances Marchés Publics et Concessions ont introduit un assouplissement important s'agissant de l'interdiction de participations directes de capitaux privés au sein de l'entité contrôlée<sup>56</sup>.

**Dans l'hypothèse où la participation de capitaux privés serait rendue obligatoire, il conviendra d'apprécier *in concreto* les capacités de contrôle ou de blocage de l'entité contrôlée, notamment à l'analyse des statuts de la société susceptible de conférer des droits de vote particuliers à certains actionnaires.** Il importe que ces actionnaires privés ne puissent pas interférer par des règles de gouvernance (*statuts, pacte d'actionnaires, règles de vote et de majorité...*), sur les prises de décisions stratégiques ou importantes de la SEM en question.

### **III.3. L'EXCLUSION DES SEM DE L'EXCEPTION DE QUASI-RÉGIE**

L'article L. 1521-1 du CGCT dispose que « *Les communes, les départements, les régions et leurs groupements peuvent, dans le cadre des compétences qui leur sont reconnues par la loi, créer des sociétés d'économie mixte locales qui les associent à une ou plusieurs personnes privées et, éventuellement, à d'autres personnes publiques* ». La présence d'une personne privée au moins et donc de « *capitaux privés* » est ainsi exigée par la loi, sans mention d'une quelconque spécificité.

Compte tenu de ce qui a été exposé précédemment, le régime du « *in house* » ne s'applique pas aux SEM, exception faite du cas particulier des SEM de transport public de voyageur relevant de dispositions particulières du règlement dit O.S.P du 23 octobre 2007<sup>57</sup>.

55. Voir les préambules des directives du 26 février 2014

56. Voir fiche DAJ du MINEFI précitée

57. Voir encadré infra



Ce sujet a fait l'objet de nombreuses discussions avant l'adoption de la Directive Concession et à l'occasion de sa transposition.

En effet, la DAJ, dans sa fiche technique sur « *les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public* », soutient que dans le cas des SEM la condition de participation obligatoire n'est pas satisfaite :

**« Le seul fait que la société contrôlée soit constituée, par exemple, sous la forme d'une société d'économie mixte (SEM) ne suffit cependant pas à considérer que la loi requiert que son capital soit mixte. Si la législation française applicable aux SEM prévoit bien la participation de capitaux privés, il s'agit uniquement d'une condition de fond permettant d'adopter la forme de société souhaitée. Rien n'impose cependant le choix de ce type de structure. La présence de participations privées au capital n'apparaît ainsi pas requise par la loi elle-même mais imposée par le choix d'une forme de société particulière. La situation des SEM ne peut ainsi être assimilée à celle d'organismes publics à adhésion obligatoire avec participation d'opérateurs économiques privés spécifiques requise par la loi elle-même, cas que vise l'exception dont il s'agit ».**

De plus, l'IGD ajoute que, selon le Préambule de la Directive Concession, la notion de « *participation de personnes privées spécifiques requise par la loi* » ne s'applique pas aux SEM. En effet, l'article L. 1521-1 du CGCT, qui ne vise aucune personne privée spécifique, mais les personnes privées de façon générale, ne peut pas être interprété comme posant une obligation légale de participation de personnes privées spécifiques.

En toutes hypothèses, les SEM restent bien dans le champ concurrentiel, position partagée par l'ensemble des associations d'élus concernées.

## **LA QUASI-RÉGIE DANS LE SECTEUR DU TRANSPORT PUBLIC DE VOYAGEURS**

Au-delà du régime général de l'économie mixte, les nouvelles dispositions issues de l'ordonnance et du décret Concessions, n'impliquent pas, pour autant, une modification du régime d'attribution des contrats de service public de transport, en vertu du droit communautaire applicable (réglementation sectorielle).

Le texte de l'ordonnance est très clair sur ce point : **les dispositions du règlement dit O.S.P du 23 octobre 2007 relatives aux contrats de service public de transport de voyageurs, doivent prévaloir.**

En effet, l'article 25 de l'ordonnance précise que « *sans préjudice des dispositions du règlement du 23 octobre 2007, la présente ordonnance s'applique, à l'exception des articles 13 à 19, 29, 30,33, 34 et 54, aux contrats de concession relevant de l'article 5, paragraphe 3, dudit règlement* ».

Ceci implique que les dispositions précitées de l'article 16 de l'ordonnance ne s'appliquent pas au régime d'attribution des contrats de service public de transport qui relèvent, sur ce point, des seules dispositions du règlement O.S. P du 23 octobre 2007. En conséquence, les acteurs publics et parties intéressées à la passation des contrats de service public de transport doivent s'en remettre à l'analyse et à l'application des dispositions prévues à l'article 5 du règlement dit O.S.P.

L'article 5.2 du Règlement OSP dispose :

**« 2. Sauf interdiction en vertu du droit national, toute autorité locale compétente, qu'il s'agisse ou non d'une autorité individuelle ou d'un groupement d'autorités fournissant des services intégrés de transport public de voyageurs, peut décider de fournir elle-même des services publics de transport de voyageurs ou d'attribuer directement des contrats de service public à une entité juridiquement distincte sur laquelle**

***l'autorité locale compétente*** ou, dans le cas d'un groupement d'autorités, au moins une autorité locale compétente, ***exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.***

*[Disposition entrant en vigueur le 24 décembre 2017 – Dans le cas du service public de transport de voyageurs par chemin de fer, le groupement d'autorités visé au premier alinéa ne peut être composé que d'autorités compétentes locales dont la zone géographique de compétence n'est pas nationale. Le service public de transport de voyageurs ou le contrat de service public visé au premier alinéa ne peut couvrir que les besoins en transports d'agglomérations urbaines, ou de zones rurales, ou les deux.]*

*Lorsqu'une autorité locale compétente prend une telle décision, les dispositions suivantes s'appliquent :*

*« a) aux fins de déterminer si l'autorité locale compétente exerce un tel contrôle, il est tenu compte d'éléments tels que le niveau de représentation au sein des organes d'administration, de direction ou de surveillance, les précisions y relatives dans les statuts, la propriété ainsi que l'influence et le contrôle effectifs sur les décisions stratégiques et sur les décisions individuelles de gestion. Conformément au droit communautaire, la détention à 100 % du capital par l'autorité publique compétente, en particulier dans le cas de partenariats publics-privés, n'est pas une condition obligatoire pour établir un contrôle au sens du présent paragraphe, pour autant que le secteur public exerce une influence dominante et que le contrôle puisse être établi sur la base d'autres critères*

*b) le présent paragraphe est applicable à condition que l'opérateur interne et toute entité sur laquelle celui-ci a une influence, même minime, exercent leur activité de transport public de voyageurs sur le territoire de l'autorité locale compétente, nonobstant d'éventuelles lignes sortantes et autres éléments accessoires à cette activité se prolongeant sur le territoire d'autorités locales compétentes voisines, et ne participent pas à des mises en concurrence concernant la fourniture de services publics de transport de voyageurs organisés en dehors du territoire de l'autorité locale compétente ; »*

Or, force est de constater que le régime d'attribution directe auprès des « opérateurs internes » est déjà prévu par le règlement O.S.P (et applicable aux termes d'un règlement entré en vigueur le 3 décembre 2009, avec une période de transition de 10 ans), mais selon des dispositions qui diffèrent de celles issues de la directive n°2014-/23/UE du 26 février 2014 relative aux contrats de concession et des textes nationaux de transposition.

La question de la participation d'actionnaires privés, au capital de la structure ayant le statut d'opérateur interne, est ainsi abordée et traitée, mais sous un angle différent, qui induit une série de conditions à respecter par les autorités organisatrices de transport.

**Ainsi, l'article 5.2 du règlement O.S.P du 23 octobre 2007 admet ce régime d'attribution directe, sans mise en concurrence, dès lors que :**

- > le contrat est confié à une entité distincte sur laquelle l'autorité locale compétente exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (critères : niveau de représentation dans les organes sociaux, dispositions statutaires, propriété du capital sans obligation de détention à 100 %, contrôle effectif des décisions stratégiques et individuelles de gestion) ;**
- > l'opérateur interne exerce son activité de transport public sur le territoire de l'autorité locale compétente (principe de cantonnement géographique, nonobstant d'éventuelles lignes sortantes ou activités accessoires) ;**
- > l'opérateur interne ne participe pas à des mises en concurrence en dehors du territoire de l'autorité locale compétente (principe de réciprocité).**

Plus précisément, l'article 5.2 – paragraphe a) du règlement O.S.P dispose :

*« Conformément au droit communautaire, **la détention à 100 % du capital par l'autorité publique compétente**, en particulier dans le cas de partenariats publics-privés, **n'est pas une condition obligatoire** pour établir un contrôle au sens du présent paragraphe, **pour autant que le secteur public exerce une influence dominante et que le contrôle puisse être établi sur d'autres critères** ».*

En conclusion, une collectivité publique désirant mettre en œuvre une procédure d'attribution directe d'un contrat de service public de transport auprès d'une SEM de transport (*sachant que les dispositions de l'ordonnance Concessions ne sont pas applicables sur ce chapitre*), devra réunir un ensemble de conditions et sécuriser le dispositif, au risque de s'exposer, à défaut, à la contestation de ladite attribution :

- > en renforçant les conditions ou critères du « contrôle analogue » ;
- > soit la nécessité de revoir, le cas échéant, les règles de gouvernance et conditions de fonctionnement de la SEM locale : *renforcement des dispositions statutaires ou adoption d'un pacte d'actionnaires permettant de caractériser l'influence dominante des actionnaires publics majoritaires (révision des règles de prise de décisions en faveur des collectivités « contrôlantes », absence de droit de veto ou de possibilité de blocage à l'initiative des actionnaires privés ...).*

# COOPERATION ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS



## SOURCES JURIDIQUES

**Article 17 de l'ordonnance Concessions** (transposant le 4. de l'article 17 de la directive 2014/23/UE sur l'attribution des contrats de concession, lui-même inspiré par les décisions Commune de Hambourg et suivantes de la CJUE<sup>58</sup>)

*« La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession par lesquels les pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice, établissent ou mettent en œuvre une coopération dans le but de garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun, lorsque les conditions suivantes sont réunies :  
1° La mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt général ;*

*2° Les pouvoirs adjudicateurs concernés réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par cette coopération. Ce pourcentage d'activités est déterminé dans les conditions fixées au IV de l'article 16. »*

Ces dispositions sont éclairées par certains considérants de la directive « Concessions ». Doit en particulier être cité le considérant n° 47, aux termes duquel :

*« Les contrats concernant la fourniture conjointe de services publics ne devraient pas être soumis à la présente directive, à condition qu'ils soient conclus exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents. »*

**Nota :** ces dispositions ont leur exact pendant dans les textes relatifs aux marchés publics<sup>59</sup>.

58. CJUE, 9 juin 2009, Commission c/ RFA, aff. C-480/06 ; 19 décembre 2012, Azienda Sanitaria Locale di Lecce, aff. C-159/11 ; 13 juin 2013, Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG, aff. C-386/11.

59. Art. 12 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, dite « Marchés », et 28 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014, dite « Secteurs » ; art. 18 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

## A NOTER : COOPÉRATION PUBLIC-PUBLIC ET TRANSFERT DE COMPÉTENCE

Il apparaît nécessaire, au seuil de la présente fiche, de préciser que la coopération public-public, visée par les textes comme une exception aux règles de publicité et de mise en concurrence des contrats de la commande publique, ne correspond pas à un transfert de compétence entre personnes publiques (lequel est exclu par l'article 7 de l'ordonnance).

Le transfert de compétence ne constitue en effet pas une « *commande publique* ». La CJUE l'a rappelé à l'occasion d'une décision *Remondis GmbH* en date du 21 décembre 2016, aff. C-51/15.

En substance, les transferts de compétences relèvent de l'organisation interne des Etats membres, qui disposent en la matière d'une liberté de décision. La CJUE a pu préciser qu'un transfert de compétence ne peut exister que si l'autorité publique nouvellement compétente exerce la compétence de manière autonome et sous sa responsabilité<sup>60</sup>.

Il n'y a en conséquence pas transfert de compétence lorsque :

- > l'autorité initialement compétente conserve la responsabilité principale concernant les missions qui relèvent de sa compétence, se réserve le contrôle financier de celle-ci ou doit approuver au préalable les décisions qui sont envisagées par l'entité qu'elle s'adjoint<sup>61</sup> ;
- > la collectivité territoriale se limite à confier à une autre entité territoriale, moyennant une compensation financière, l'accomplissement de certaines tâches matérielles dont elle se réserve le pouvoir de contrôler l'exécution<sup>62</sup>.

## I. DISPOSITIONS APPLICABLES

Ces dispositions posent ainsi plusieurs conditions cumulatives à l'exclusion relative à la coopération public-public, qui seront détaillées dans le II. *infra* :

- > condition tenant à la qualité des parties : coopération entre pouvoirs adjudicateurs, y compris agissant en tant qu'entités adjudicatrices ;
- > condition relative à l'objet : coopération, se traduisant par des objectifs que les pouvoirs adjudicateurs ont en commun ;
- > condition finaliste : mise en œuvre de la coopération pour des considérations d'intérêt général ;
- > condition tenant au respect de la concurrence : aucun prestataire privé de service placé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents ;
- > condition relative à l'activité : moins de 20 % des activités de la coopération réalisées sur le marché concurrentiel.

60. CJUE, 21 décembre 2016, *Remondis GmbH*, aff. C-51/15, paragraphe 51.

61. CJUE, 21 décembre 2016, *Remondis GmbH*, aff. C-51/15, paragraphe 49.

62. CJUE, 21 décembre 2016, *Remondis GmbH*, aff. C-51/15, paragraphe 50.

63. Conseil d'Etat, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737 : « (...) Considérant qu'une commune peut accomplir les missions de service public qui lui incombent par ses propres moyens ou en coopération avec d'autres personnes publiques, selon les modalités prévues par le législateur ; qu'elle peut ainsi conclure, hors règles de la commande publique, sur le fondement de l'article L. 5221-1 du code général des collectivités territoriales, une convention constitutive d'une entente pour exercer en coopération avec des communes, établissements publics de coopération intercommunale ou syndicats mixtes, de mêmes missions, notamment par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un 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 ; (...) ».

En tout état de cause, l'intervention de la directive et de l'ordonnance Concession devraient infléchir la jurisprudence du Conseil d'Etat<sup>63</sup>, dès lors que les textes ne reprennent en particulier pas la notion d' « *opérateur sur un marché concurrentiel* » à laquelle le Conseil d'Etat avait recouru.

C'est en outre à la lumière des dispositions de l'ordonnance Concession qu'il conviendra d'analyser, au cas par cas, les dispositifs contractuels de coopération locale auxquels le CGCT fait référence (au principal, convention de gestion entre établissements publics de coopération intercommunale et ses membres)<sup>64</sup>.

## II. CONDITIONS DE L'EXCLUSION

A titre liminaire, et de manière quelque peu tautologique, il sera rappelé que l'exception tenant à la coopération public-public visée par les textes Concession porte sur les contrats de concession conclus par les personnes publiques et répondant aux conditions présentées infra.

L'hypothèse paraît rester théorique. A la date de rédaction de la présente fiche, il n'a pas pu être identifié une configuration pratique dans laquelle un contrat de concession pourrait valablement, c'est-à-dire en remplissant l'ensemble des conditions légales, constituer le support d'une coopération public-public.

### II.1. CONDITION ORGANIQUE : COOPÉRATION ENTRE POUVOIRS ADJUDICATEURS, AGISSANT Y COMPRIS EN TANT QU'ENTITÉS ADJUDICATRICES

Le critère organique est le plus évident. S'agissant d'une coopération public-public, il convient que les parties à la coopération relèvent de la sphère publique. Plus précisément, l'article 17 de l'ordonnance Concessions impose qu'elles aient la qualité de pouvoirs adjudicateurs, y compris lorsqu'ils agissent en qualité d'entité adjudicatrice.

Pour rappel, constitue un pouvoir adjudicateur :

- « 1° Les personnes morales de droit public ;
- 2° Les personnes morales de droit privé qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, dont :
  - a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
  - b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
  - c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur ;
- 3° Les organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun. »<sup>65</sup>

Ceux-ci ont la qualité d'entité adjudicatrice lorsqu'ils exercent une des activités de réseaux définies à l'article 11 de l'ordonnance Concessions<sup>66</sup>.

63. Conseil d'Etat, 3 février 2012, *Commune de Veyrier-du-Lac*, n° 353737 : « (...) Considérant qu'une commune peut accomplir les missions de service public qui lui incombent par ses propres moyens ou en coopération avec d'autres personnes publiques, selon les modalités prévues par le législateur ; qu'elle peut ainsi conclure, hors règles de la commande publique, sur le fondement de l'article L. 5221-1 du code général des collectivités territoriales, une convention constitutive d'une entente pour exercer en coopération avec des communes, établissements publics de coopération intercommunale ou syndicats mixtes, de mêmes missions, notamment par la mutualisation de moyens dédiés à l'exploitation d'un 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 ; (...) ».

64. Cf notamment art. L. 5111-1 du CGCT, ou encore art. L. 5214-16-1 (communautés de communes), art. L. 5215-27 (communautés urbaines) et art. L. 5216-7-1 (communautés d'agglomération) du même code.

65. Art. 9 de l'ordonnance « Concessions ».

66. Art. 10 1° de l'ordonnance « Concessions ».



## II.2. CONDITION RELATIVE À L'OBJET : COOPÉRATION, SE TRADUISANT PAR DES OBJECTIFS QUE LES POUVOIRS ADJUDICATEURS ONT EN COMMUN

Le but de la coopération visée par l'ordonnance Concession, et que mettent en œuvre les pouvoirs adjudicateurs concernés, est de « *garantir que les services publics dont ils ont la responsabilité sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun* ».

S'agissant des activités objets de la coopération, le considérant 47 de la directive Concessions précise qu'elles sont celles « *liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités confiées aux pouvoirs participants ou assumées par eux, telles que des missions obligatoires ou volontaires relevant de pouvoirs locaux ou régionaux ou des services confiés à des organismes particuliers par le droit public* ».

Ces dispositions paraissent trouver une traduction évidente en droit français, en ce qui concerne en particulier les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI) dont le spectre de compétences, oscillant entre obligatoires, optionnelles ou facultatives, est large<sup>67</sup>. Le législateur européen semble avoir ouvert l'exception de la coopération public-public à ces différents types de compétences, leur statut (obligatoire/optionnelle/facultative) demeurant indifférent.

L'ordonnance impose que ces activités, pour qu'il y ait coopération, doivent être exercées en « *commun* ».

Cela appelle, au vu du considérant 47 précité de la directive Concessions, deux précisions :

- > la première est que les services fournis peuvent être « *identiques* » et/ou « *complémentaires* ». Les nouveaux textes paraissent en ce sens assouplir la jurisprudence européenne, qui requerrait l'exercice d'une « *mission de service public (...) commune* »<sup>68</sup> ;
- > la seconde est que la coopération « *n'exige pas que tous les pouvoirs participants se chargent de l'exécution des principales obligations contractuelles, pour autant que l'engagement ait été pris de coopérer à l'exécution de la mission de service public en question* ». La variabilité des obligations des parties dans le cadre de la coopération semble, quant à elle, avoir été reprise de la jurisprudence antérieure<sup>69</sup>.

A titre illustratif, le point 38 de la décision *Commune de Hambourg* précitée retenait en l'espèce que :

« *Le contrat passé entre les services de voirie de la ville de Hambourg et les Landkreise concernés doit être analysé comme l'aboutissement d'une démarche de coopération intercommunale entre les parties à celui-ci et qu'il comporte des exigences propres à assurer la mission d'élimination des déchets. Il a, en effet, pour objet de permettre à*

67. S'agissant des EPCI à fiscalité propre, cf notamment art. L. 5214-16 (communautés de communes), art. L. 5215-20 et 20-1 (communautés urbaines), art. L. 5216-5 (communautés d'agglomération) et art. L. 5217-2 (métropoles) du code général des collectivités territoriales.

68. Voir affaires précitées *Commune de Hambourg et Azienda Sanitaria Locale di Lecce*. Dans l'affaire *Commune de Hambourg*, la mission de service public commune n'a pas posé de difficulté : il s'agissait de l'élimination de déchets (cf paragraphe 37 de la décision). Dans l'espèce *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, le contrat soumis à la CJUE ne paraissait pas porter sur l'exercice d'une mission commune : activités effectuées par des ingénieurs/architectes pour l'une des parties vs recherche scientifique pour l'autre (cf paragraphe 37 de la décision).

69. Voir notamment paragraphes 41 et 42 de la décision *Commune de Hambourg* précitée :

« 41. Le contrat en cause prévoit également certains engagements des collectivités locales contractantes directement en rapport avec l'objet du service public. En effet, si la ville de Hambourg prend en charge la plupart des services faisant l'objet du contrat conclu entre elle et les quatre Landkreise concernés, ces derniers mettent à la disposition des services de voirie de la ville de Hambourg les capacités de mise en décharge qu'elles n'utilisent pas elles-mêmes afin de pallier le manque de capacités de mise en décharge de la ville de Hambourg. Elles s'engagent également à accepter dans leurs décharges les quantités de scories d'incinération non valorisables en proportion des quantités de déchets qu'elles ont livrées.

42. En outre, aux termes du contrat, les parties contractantes doivent, en cas de nécessité, se prêter assistance dans le cadre de l'exécution de leur obligation légale d'élimination des déchets. Il est notamment prévu que dans certaines circonstances, comme la surcharge ponctuelle de l'installation concernée, les quatre Landkreise concernés s'engagent à réduire la quantité de déchets livrés et acceptent ainsi de restreindre leur droit d'accès à l'usine d'incinération. »

*la ville de Hambourg de construire et de faire exploiter une installation de traitement de déchets dans les conditions économiques les plus favorables grâce aux apports en déchets des Landkreise voisins, ce qui permet d'atteindre une capacité de 320 000 tonnes. La construction de cette installation n'a, pour cette raison, été décidée et réalisée qu'après l'accord des quatre Landkreise concernés d'utiliser la centrale et leur engagement correspondant. »*

### **II.3. CONDITION FINALISTE : MISE EN ŒUVRE DE LA COOPÉRATION POUR DES CONSIDÉRATIONS D'INTÉRÊT GÉNÉRAL**

La coopération doit être motivée par des considérations d'intérêt général.

Cette condition, isolée en tant que telle à l'article 17 précité de l'ordonnance Concession, peut paraître redondante dès lors qu'il est exigé que la coopération porte sur des services publics, dont on sait qu'ils sont caractérisés par la poursuite de l'intérêt général<sup>70</sup>.

La jurisprudence ne permet pas de déterminer plus avant les conséquences attachées à cette condition. Les quelques décisions existantes mettent en effet l'accent sur les privilèges que la coopération peut accorder à un prestataire privé, plutôt que sur les considérations d'intérêt général, ces deux aspects étant mis, d'un point de vue textuel, sur un pied d'égalité<sup>71</sup>.

Le considérant 29 de la décision de la CJUE *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* en date du 19 décembre 2012 selon lequel « *un contrat ne saurait échapper à la notion de marché public du seul fait que sa rémunération reste limitée au remboursement des frais encourus pour fournir le service convenu* » semble néanmoins indiquer que la circonstance que la rémunération de ces contrats ne couvre que le remboursement des frais ne suffit pas à caractériser l'intérêt général.

### **II.4. CONDITION TENANT AU RESPECT DE LA CONCURRENCE : AUCUN PRESTATAIRE PRIVÉ DE SERVICE PLACÉ DANS UNE POSITION PRIVILÉGIÉE PAR RAPPORT À SES CONCURRENTS**

La coopération ne doit pas placer un prestataire privé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents.

Cette condition, absente de la décision fondatrice *Commune de Hambourg*<sup>72</sup>, a été posée par la suite, à l'occasion de la décision *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*<sup>73</sup>. La coopération ne doit pas permettre le recours à des prestataires tiers, qui serait de ce fait placés dans une situation privilégiée.

Cette interdiction est encore plus clairement exposée dans la décision *Piepenbrock* :

*« (...) 40. Par ailleurs, il résulte également de ces constatations que ce contrat autorise à recourir à un tiers pour l'accomplissement de la mission prévue par ledit contrat de telle sorte que ce tiers pourrait être avantagé par rapport aux autres entreprises actives sur le même marché. (...) »*

70. Voir notamment Conseil d'Etat, 6 avril 2007, Commune d'Aix-en-Provence, n° 384736.

71. Cf considérant 17 de la directive « Concessions » : « (...) que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de services ne soit placé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents. ». Voir également paragraphe 35 de la décision *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*, repris au paragraphe 35 de la décision *Piepenbrock*.

72. Cf notamment paragraphe 5 de la décision *Commune de Hambourg*, mentionnant explicitement l'exploitant tiers en charge de l'installation de traitement des déchets objet de la coopération.

73. Cf paragraphe 38 de la décision *Azienda Sanitaria Locale di Lecce*.



Il faut relever que le juge européen, dans le paragraphe précité, ne fait plus référence au caractère « *privé* » du prestataire, bien qu'il en ait fait mention, au paragraphe 37 précédent, en citant les conditions de principe de la coopération public-public.

Cette décision, quoiqu'antérieure à la directive Concessions, appelle à la prudence s'agissant de la portée des nouveaux textes. Ils pourraient être interprétés comme n'autorisant pas le recours à un tiers, qu'il soit public ou privé. A cet égard, la notion d' « *opérateur économique* » paraîtrait plus adaptée<sup>74</sup>.

## **II.5. CONDITION RELATIVE À L'ACTIVITÉ : MOINS DE 20 % DES ACTIVITÉS DE LA COOPÉRATION RÉALISÉES SUR LE MARCHÉ CONCURRENTIEL**

S'agissant du calcul du pourcentage de 20 %, l'article 17 de l'ordonnance Concessions renvoie aux modalités fixées au IV de son article 16<sup>75</sup>.

Néanmoins, il n'est pas évident de définir la configuration dans laquelle une coopération mise en place par des pouvoirs adjudicateurs pourraient se réaliser sur le marché concurrentiel.

---

74. Voir notamment CJUE, 19 décembre 2012, Ordine degli Ingegneri della Provincia Lecce e.a., aff. C-159/11, point 26.

75. cf fiche 6 du présent livret

# CONTRATS DE CONCESSION ATTRIBUES PAR UNE ENTITE ADJUDICATRICE A UNE ENTREPRISE LIEE



### SOURCES JURIDIQUES

#### Article 18 de l'ordonnance Concessions :

« I. - La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession passés 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 réseau avec une entreprise liée à l'une de ces entités adjudicatrices et qui présentent les caractéristiques suivantes :

1° Les contrats de concession de services lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat 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 contrats de concession de travaux lorsque l'entreprise liée a réalisé au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat 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 contrat de concession, 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° et 2° ci-dessus est vraisemblable.

Lorsque des services 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 ou des travaux fournis par ces entreprises.

II. - Sont des entreprises liées à une entité adjudicatrice :

1° Les entreprises dont les comptes annuels sont consolidés avec ceux de l'entité adjudicatrice ;

2° Les entreprises qui sont susceptibles d'être, directement ou indirectement, soumises à l'influence dominante de l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ;

3° Les entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée ;

4° Les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une entreprise exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice au sens du troisième alinéa du 2° de l'article 11 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée. »

#### Article 19 de l'ordonnance Concessions :

« La présente ordonnance n'est pas applicable aux contrats de concession passés par un organisme constitué exclusivement par des entités adjudicatrices pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseau avec l'une de ces entités adjudicatrices

ainsi qu'aux contrats de concession passés par une entité adjudicatrice avec un tel organisme lorsque les conditions suivantes sont réunies :

- 1° L'organisme a été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans ;
- 2° Aux termes des statuts de cet organisme, les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant la période mentionnée au 1°.

**A noter :** ces dispositions ne sont pas applicables pour les services de transport, régis par le règlement O.S.P du 23 octobre 2007 relatives aux contrats de service public de transport de voyageurs.

## I. INTRODUCTION

L'exception concernant les contrats de concessions attribués à des entreprises liées ou à des coentreprises demeure encadrée et assure aux entités adjudicatrices un niveau de souplesse adapté pour la passation des contrats de concession avec les entreprises auxquelles elles sont liées.

La coentreprise correspond à un groupement d'entités adjudicatrices qui font partie d'un même groupement. Les entreprises liées sont caractérisées en présence d'un rapport d'influence dominante directe ou indirecte entre l'entité et l'entreprise.

Initialement prévues pour les marchés publics, ces notions ont été étendues aux concessions par la directive Concessions.

## II. L'ENTREPRISE LIÉE

L'article 18 de l'ordonnance Concessions exclut de son champ d'application les contrats de concession passés par une entité adjudicatrice avec une entreprise liée en vue de réaliser une ou plusieurs activités d'opérateur de réseau.

Les entreprises liées sont des entreprises qui, soit ont leurs comptes consolidés avec ceux d'une entité adjudicatrice, soit sont placées directement ou indirectement sous « l'influence dominante » de cette entité. L'influence d'une entité sur une autre est réputée dominante lorsque l'entité adjudicatrice, directement ou indirectement, 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. Il s'agit également des entreprises qui sont susceptibles d'exercer une influence dominante sur l'entité adjudicatrice ainsi que les entreprises qui sont soumises à l'influence dominante d'une société exerçant elle-même une telle influence dominante sur l'entité adjudicatrice.

Pour que cette exclusion puisse jouer, l'entreprise liée devra avoir réalisé 80 % de son chiffre d'affaires au cours des trois années précédant l'année de passation du contrat avec l'entité adjudicatrice ou avec d'autres entreprises auxquelles celle-ci est liée. Il s'agit du chiffre d'affaires toutes activités confondues, y compris les activités qui ne sont pas des activités de réseau.

Lorsque l'entreprise liée a été créée récemment, elle devra être en mesure de démontrer, sur la base de projections d'activités, qu'il est vraisemblable qu'elle atteigne ce seuil. Cette situation d'entreprise liée concerne les relations entre les opérateurs de réseaux (entités adjudicatrices) et leurs filiales qu'ils contrôlent dans les conditions susvisées.

**NB :** dans les industries de réseau les SEM peuvent avoir le caractère d'entreprises liées et ce y compris dans le secteur de l'eau potable puisque l'ordonnance rend les exceptions applicables à tous les contrats qu'elle vise, y compris ceux qui ne relèvent pas de la directive.

La définition de l'entreprise liée vise non seulement les relations de l'entité adjudicatrice avec ses sociétés filles mais également ses sociétés mères et sœurs.

### III. LA CO-ENTREPRISE

L'article 19 de l'ordonnance Concessions exclut, en outre, de son champ d'application, les contrats de concession passés par un organisme, constitué exclusivement par des entités adjudicatrices, pour exercer une ou plusieurs des activités d'opérateur de réseau avec l'une de ces entités adjudicatrices. Cette exclusion vaut également pour les contrats de concession passés par une entité adjudicatrice avec un tel organisme. Dans les deux cas, deux conditions doivent être réunies :

- > d'une part, l'organisme doit avoir été constitué pour exercer son activité pendant une période d'au moins trois ans ;
- > d'autre part, les statuts de cet organisme doivent prévoir que les entités adjudicatrices qui l'ont constitué en sont parties prenantes au moins pendant cette période.

# ANNEXE 1 : COMITÉ DE RÉDACTION

*Sous la direction de Laurent RICHER, Professeur émérite, Président de la Commission juridique de l'IGD*

**Marie-Laure BASSOMPIERE** : *Responsable relations contractuelles - KEOLIS*

**Valérie BEAUDOUIN** : *Directrice Législation et Affaires européennes - UTP*

**Mona BERCAUD** : *Direction Juridique Groupe - SNCF*

**Laurent BOUGARD** : *Direction juridique - TRANSDEV*

**Pierre-Emeric CHABANNE** : *Directeur général - IGD*

**Stéphanie CHALLOT** : *Juriste droit public - VEOLIA EAU*

**Albane CRUSE** : *Direction Juridique Groupe - Service Concurrence et Régulation - ENGIE*

**Pierre GUILLOT** : *Directeur de projets - FIN INFRA DG Trésor - Ministère de l'économie et des finances*

**Annabelle HUET** : *Chargée d'études - Département législation et Affaires européennes - UTP*

**Valérie JACOB** : *Juriste - Bouygues Energie et Services*

**Laure LAGASSE** : *Chargée de mission - IGD*

**Charlotte LEDUC** : *Juriste droit public - SUEZ Eau France*

**Gabriel MILGRAM** : *Stagiaire - IGD*

**Laurent RICHER** : *Avocat associé - Richer & Associés Droit Public*

**Louis ROULET** : *Juriste droit public - SUEZ Eau France*

**Hélène SELLOS** : *Chef du Département Marchés - Direction Juridique - GRDF*

Les autres livrets de la collection  
« RÉFORME DE LA COMMANDE PUBLIQUE »



disponibles sur : <http://fondation-igd.org>



**L'IGD est une fondation d'entreprises** relevant d'une mission d'intérêt général qui, **depuis 20 ans**, regroupe l'ensemble des parties prenantes à la gestion des services publics.

L'Etat, les associations d'élus, les entreprises publiques, les entreprises privées, des associations de consommateurs et des représentants de syndicats travaillent en son sein **à l'amélioration de la qualité et de la performance des services publics**, en particulier lorsque ceux-ci sont délégués.

Interlocuteur privilégié de l'Etat comme de la Commission européenne, l'IGD suit depuis l'origine le processus d'adoption des directives européennes relatives aux marchés publics et aux concessions et leur transposition en droit français.

Ses travaux sur ce sujet ont donné lieu à de nombreux colloques nationaux et internationaux, avis et publications dont le dernier exemple est donné par **la rédaction de supports pédagogiques** sur la réforme de la commande publique.

**Télécharger les documents :** <http://fondation-igd.org>



Ce livret a été réalisé par Laure LAGASSE, Chef de projet et Gabriel MILGRAM, Stagiaire, sous la direction de Pierre-Emeric CHABANNE, Délégué Général de l'IGD.

Nous tenons tout particulièrement à remercier les membres de la commission juridique de l'IGD et notamment Laurent RICHET, Professeur à l'Université Paris I, Panthéon-Sorbonne.