

ÉTUDE **DROIT ÉCONOMIQUE**

MARCHÉ PUBLIC

Cette étude présente les différentes relations *in house* en distinguant celles initialement développées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (qui sont reprises et complétées par les directives du 26 février 2014), des nouvelles, nées de la consécration par le législateur européen d'une nouvelle acception du « contrôle analogue » : les relations *in house* verticales indirectes, ascendantes (ou verticales inversées) et horizontales.

1188

Les **relations *in house*** à l'aune des nouvelles directives européennes



Étude rédigée par Lionel Levain,
et Mathieu Prats-Denoix



Lionel Levain est avocat associé, Reinhart Marville Torre ; Mathieu Prats-Denoix est avocat collaborateur, Reinhart Marville Torre

1 - Dans l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1999¹, la Cour de justice de l'Union européenne a défini la notion de relation *in house* permettant aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices d'attribuer des contrats à l'organisme *in house* qu'ils contrôlent, sans faire application des règles de publicité et de mise en concurrence imposées par les directives. La Cour a jugé qu'une telle dérogation au droit de la commande publique était justifiée « 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 ». Le caractère public ou privé de l'organisme sous contrôle était alors indifférent, seuls le degré de contrôle et le champ d'activité de l'organisme contrôlé importaient². Dans son arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005, la Cour de justice a toutefois introduit un critère organique³. Elle juge que la détention par une personne privée d'une partie du capital de l'organisme contrôlé fait obstacle à ce que ce dernier

¹ CJCE, 5^e ch., 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal* : *JurisData* n° 1999-590018 ; *Dr. adm* 2000, comm. 31.

² J.-F. Sestier, *Les nouvelles dispositions relatives aux relations « in house » et aux coopérations « public-public »* : *BJCP* 2014, n° 94, p. 170.

³ CJCE, 1^{re} ch., 11 janv. 2005, aff. C-26/03, *Stadt Halle* : *JurisData* n° 2005-400017.

revendique le statut d'organisme intégré dans une relation *in house* avec le pouvoir adjudicateur (cette dimension organique est aujourd'hui inscrite dans les directives ; elle a cependant été assouplie). À la suite des jurisprudences *Teckal* et *Stadt Halle* qui ont posé les principes de base d'une relation *in house* verticale qui peut aujourd'hui être qualifiée de « classique », la Cour de justice, relayée par les juridictions nationales, a précisé et étendu la notion de relation *in house* permettant aux pouvoirs adjudicateurs de se soustraire aux règles de mise en concurrence préalablement à l'attribution de contrats aux organismes qu'ils contrôlent. La Cour a ainsi défini, en sus du *in house* vertical, le *in house* conjoint et la coopération public-public.

2 - Les nouvelles directives, publiées le 28 mars 2014, consacrent désormais l'exception de relation *in house* dans des termes identiques, à l'article 12 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, à l'article 28 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et à l'article 17 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession⁴. Le 31^e considérant de la directive 2014/24/UE fait état d'« une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public. La jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations divergentes entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. Il est dès lors nécessaire de préciser dans quels cas les marchés conclus au sein du secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives à la passation des marchés publics ».

C'est donc avec l'ambition de mettre un terme à l'insécurité juridique qui a pu résulter de la jurisprudence de la Cour que le législateur européen est venu préciser, non sans quelques assouplissements, ladite jurisprudence.

3 - Nous présentons ici les différentes relations *in house* en distinguant celles initialement développées par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui ont été reprises et complétées par les nouvelles directives (1), des nouvelles relations *in house* nées de la consécration, par le législateur européen, d'une nouvelle acception du « contrôle analogue » : la relation *in house* verticale indirecte, *in house* ascendante (ou verticale inversée) et *in house* horizontale (2).

4 Les articles 12 de la directive 2014/24/UE, 17 de la directive 2014/23/UE et 28 de la directive 2014/25/UE étant rédigés dans des termes identiques, l'analyse de l'article 12 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, à laquelle nous procédons principalement ci-après, est également transposable aux articles 17 de la directive 2014/23/UE et 28 de la directive 2014/25/UE. Afin de simplifier la lecture, à chaque fois que nous nous référons aux textes des directives, nous ne ferons référence qu'au seul article 12 de la directive 2014/24/UE. Néanmoins, l'analyse est transposable aux directives.

Nous nous attachons ainsi à clarifier l'apport des nouvelles directives par rapport à l'état du droit qui lui préexistait et les évolutions juridiques qu'il convient d'en attendre. Nous soulevons, enfin, un certain nombre d'interrogations que ces évolutions ne manqueront pas, selon nous, de susciter, et auxquelles le juge de l'Union devrait être rapidement amené à apporter des réponses.

1. Les formes prétoriennes de relation *in house* reprises dans les directives

4 - Avant l'adoption des directives 2014/23/UE, 2014/24/UE et 2014/25/UE, la Cour de justice de l'Union européenne avait déjà posé les bases de la relation *in house*, définissant la relation *in house* verticale, la relation *in house* conjointe et la coopération public-public. Le législateur européen a confirmé ces développements prétoriens, tout en les précisant et en les assouplissant.

A. - *In house* vertical

5 - Dans l'arrêt *Teckal*⁵, la Cour avait posé deux critères de la relation *in house* : le pouvoir adjudicateur exerce sur l'organisme contrôlé un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et l'organisme contrôlé réalise l'essentiel de son activité pour le pouvoir adjudicateur qui le contrôle.

Tel est le cas, par exemple, de la ville de Paris et de l'Office public d'aménagement et de construction (OPAC). Le bail emphytéotique passé entre la ville de Paris et l'OPAC, par lequel la ville de Paris a transféré à l'OPAC des immeubles lui appartenant et destinés à être loués par l'OPAC, à usage d'habitation, à un prix inférieur au prix du marché, n'avait pas à être précédé d'une mise en concurrence, dès lors que la ville de Paris (conjointement avec l'État) exerce sur l'OPAC un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et que les prestations de l'OPAC sont rendues essentiellement au bénéfice des collectivités publiques qui le contrôlent⁶.

6 - L'arrêt *Stadt Halle*⁷ a posé un troisième critère, parfois interprété comme étant une modalité d'exercice du « contrôle analogue » : l'organisme contrôlé ne doit pas être en partie détenu par des capitaux privés. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment appliqué ce troisième critère aux sociétaires d'une association, institutions privées de solidarité sociale sans but lucratif, dès lors que ces sociétaires obéissent à des considérations qui sont propres à leurs intérêts privés, par nature différentes des objectifs d'intérêt public poursuivis par le pouvoir adjudicateur et que l'attribution directe d'un marché leur offrirait un avantage

5 CJCE, 5^e ch., 18 nov. 1999, préc.

6 CAA Paris, 30 juin 2009, n° 07PA02380, *Ville Paris : Dr. adm.* 2009, comm. 113 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 306.

7 CJCE, 11 janv. 2005, *Stadt Halle*, préc.

par rapport à leurs concurrents s'ils devaient accomplir des activités économiques en concurrence avec d'autres opérateurs⁸.

1° Le critère du contrôle analogue

7 - Sur la notion de contrôle analogue s'appliquant à une relation *in house* verticale, les directives n'innovent pas. Reprenant les termes de l'arrêt de la Cour du 13 octobre 2005, *Parking Brixen*⁹, l'article 12, § 1 de la directive 2014/24/UE dispose qu'« 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 ».

Le critère du contrôle analogue sera notamment satisfait lorsque la personne publique désigne la majorité des membres du conseil d'administration¹⁰.

La directive ne précise toutefois pas ce qu'il convient d'entendre par « influence décisive » sur les « objectifs stratégiques » et sur les « décisions importantes ». Il reviendra donc au juge de poursuivre son examen au cas par cas de l'effectivité du contrôle exercé par les pouvoirs adjudicateurs sur les organismes en cause.

Le contrôle du juge devrait consister en un examen approfondi des statuts de l'organisme contrôlé, sans se borner à un examen du droit applicable à tel type d'organisme. D'une part, la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés peut être insuffisante pour satisfaire le critère du contrôle analogue¹¹ et, d'autre part, les statuts peuvent déroger aux règles normalement applicables en prévoyant les modalités d'un contrôle renforcé¹². Dans l'arrêt *Sea* du 10 septembre 2009¹³, la Cour de justice a jugé, après un examen approfondi des statuts de la société contrôlée, qu'une faible participation du pouvoir adjudicateur au capital et le recours à une procédure décisionnelle recourant à la majorité étaient suffisants, en l'espèce, pour révéler un contrôle analogue.

2° L'essentiel de l'activité exercée pour le pouvoir adjudicateur

8 - L'exigence que l'organisme contrôlé réalise l'essentiel de son activité pour le compte du ou des pouvoirs adjudicateurs qui le

L'organisme contrôlé réalise l'essentiel de son activité pour le pouvoir adjudicateur qui le contrôle lorsque 80 % de ses activités sont réalisées pour ce dernier

détiennent vise à garantir l'application des directives « dans le cas où une entreprise contrôlée par une ou plusieurs collectivités est active sur le marché, et donc susceptible d'entrer en concurrence avec d'autres entreprises »¹⁴. Dans l'arrêt *Carbotermo* du 11 mai 2006¹⁵, la Cour a précisé que l'activité de l'organisme contrôlé doit

être principalement réalisée pour le compte du pouvoir adjudicateur qui la contrôle, toute autre activité ne devant revêtir qu'un caractère marginal.

La jurisprudence européenne entretenait un certain flou autour du critère de l'« essentiel » de l'activité de l'organisme contrôlé devant être exercée pour le pouvoir adjudicateur initialement défini dans l'arrêt *Teckal*. En France, cette incertitude a conduit le Conseil d'État à juger que seule une « diversification purement accessoire » d'activité par rapport à l'activité exercée pour le pouvoir adjudicateur pouvait être admise¹⁶. Cette rigueur a notamment permis le développement des sociétés publiques locales qui exercent leurs activités pour les seules personnes publiques actionnaires (*CGCT, art. L. 1531-1*).

Désormais, les directives disposent clairement que l'organisme contrôlé réalise l'essentiel de son activité pour le pouvoir adjudicateur qui le contrôle lorsque 80 % de ses activités sont réalisées pour ce dernier. Aux fins de calculer cette part d'activité, les directives prévoient qu'il convient de prendre en compte soit la répartition du « chiffre d'affaires total moyen », soit « un autre paramètre approprié fondé sur les activités tels que les coûts supportés ». Ces référentiels alternatifs pourraient toutefois conduire à des résultats différents. Le juge de l'Union sera vraisemblablement amené à définir les références qu'il convient de retenir au titre d'un « autre paramètre approprié fondé sur les activités », voire à interpréter si le choix de retenir le chiffre d'affaires ou cet « autre paramètre » est libre ou subordonné à l'existence de considérations rendant la référence au chiffre d'affaires moins pertinente.

3° Capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage

9 - Si la jurisprudence *Stadt Halle* s'opposait à l'existence d'une relation *in house* en cas de présence de capitaux privés dans l'organisme contrôlé, les directives assouplissent cette exigence. Désormais, sont admises les « formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».

8 CJUE, 19 juin 2014, aff. C-574/12, *Centro hospitalar de Setúbal* EPE.

9 CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen* : *JurisData* n° 2005-400011 ; *JCP A* 2005, act. 657.

10 CAA Paris, 30 juin 2009, *Ville Paris*, préc.

11 CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo*, pt 38 : *JurisData* n° 2006-400102 ; *JCP A* 2006, 1125.

12 CJCE, 10 sep. 2009, aff. C-573/07, *Sea* : *JurisData* n° 2009-008287 ; *Contrats-Marchés publ.* 2009, comm. 305.

13 Même arrêt.

14 CJCE, 11 mai 2006, préc.

15 Même arrêt.

16 CE, 6 avr. 2007, n° 284736, *Cne Aix-en-Provence* : *JCP A* 2007, act. 402.

Ces trois critères que sont le contrôle analogue, la réalisation d'une part essentielle d'activité exercée pour le compte du pouvoir adjudicateur et la présence de capitaux privés sans capacité de contrôle et de blocage se retrouvent pour les autres types de relations *in house*.

Nous ne reprendrons ci-après que les éléments qui dérogent à ces critères.

B. - *In house* conjoint

10 - Dans l'arrêt *Coditel Brabant* du 13 novembre 2008¹⁷, la Cour de justice a posé les prémisses d'une relation *in house* conjointe. La Cour a jugé à propos du critère du contrôle analogue qu'« il importe que le contrôle exercé sur l'entité concessionnaire soit effectif, mais il n'est pas indispensable qu'il soit individuel ».

Pour caractériser une relation *in house*, il n'est donc pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur exerce seul sur l'organisme contrôlé un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, ce contrôle peut être exercé conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, par exemple, lorsqu'ils détiennent en commun la totalité du capital d'une société. La Cour a précisé que « dans le cas où plusieurs autorités publiques choisissent d'effectuer leurs missions de service public en ayant recours à une entité concessionnaire commune, il est normalement exclu que l'une de ces autorités, à moins qu'elle ne détienne une participation majoritaire dans cette entité, exerce seule un contrôle déterminant sur les décisions de cette dernière. Exiger que le contrôle exercé par une autorité publique en pareil cas soit individuel aurait pour effet d'imposer une mise en concurrence dans la plupart des cas où une autorité publique entendraient s'affilier à un groupement composé d'autres autorités publiques ». Le critère du contrôle analogue est donc susceptible d'être rempli même lorsque la participation d'une personne publique dans le capital de la société qu'elle contrôle est minoritaire¹⁸ et même ultra minoritaire (0,25 %) ¹⁹.

11 - Dans l'arrêt *Econord Spa* du 29 novembre 2012²⁰, la Cour a néanmoins précisé que chacun des pouvoirs adjudicateurs exerçant conjointement un contrôle devait participer « tant au capital qu'aux organes de direction » de l'organisme contrôlé.

Lorsque le contrôle est exercé conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, l'activité à prendre en compte aux fins d'évaluer si le critère de « l'essentiel de l'activité » est rempli, est l'activité exercée pour l'ensemble des collectivités qui participent conjointement au contrôle et non uniquement pour l'une d'entre elles²¹.

12 - Le Conseil d'État a admis l'existence d'un contrôle conjoint dans le cadre d'un organisme spécialement créé par les pouvoirs adjudicateurs pour accomplir en commun leurs missions respectives d'intérêt général, tel un groupement d'intérêt public²². Il refuse toutefois de reconnaître l'existence d'une relation *in house* conjointe lorsque la participation du pouvoir adjudicateur dans le capital de la société contrôlée est ultra minoritaire (en l'espèce : 1,076 %) ²³.

13 - Les directives reprennent la notion de contrôle conjoint telle que développée par la jurisprudence de la Cour. Aux termes de l'article 12, § 3 de la directive 2014/24/UE, un pouvoir adjudicateur qui n'exerce pas de contrôle sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public au sens de la relation *in house* verticale classique peut néanmoins attribuer un marché à cette personne morale sans faire application des règles de mise en concurrence, lorsqu'il « exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle sur la personne morale concernée, analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ». Le contrôle conjoint exige implicitement mais nécessairement que les pouvoirs adjudicateurs aient des intérêts convergents. Les directives prévoient expressément que l'organisme contrôlé ne doit pas poursuivre « d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent ». L'organisme contrôlé doit exercer 80 % de ses activités pour les pouvoirs adjudicateurs qui le contrôlent. L'article 12, § 3 dispose que les organes décisionnels de l'organisme contrôlé sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participant conjointement au contrôle. Le législateur européen assouplit toutefois les règles résultant de la jurisprudence de la Cour²⁴ en précisant qu'une même personne peut désormais représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participant au contrôle ou l'ensemble d'entre eux.

Cet assouplissement devrait désormais permettre de satisfaire le critère du contrôle analogue lorsque le pouvoir adjudicateur n'est qu'indirectement représenté au conseil d'administration d'une société par le mécanisme de l'assemblée spéciale prévu à l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales, issu de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales. Selon ce mécanisme, les collectivités territoriales ne pouvant être directement représentées au conseil d'administration ou de surveillance d'une société publique locale (SPL) ou d'une société d'économie mixte (SEM) en raison de leur faible participation au capital, peuvent se regrouper en assemblée spéciale et bénéficier ainsi, collectivement, d'au moins un siège au conseil d'administration ou de surveillance de la société. Le

17 CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant* : Europe 2009, comm. 27 ; Contrats-Marchés publ. 2009, repère 1 ; JCP A 2009, 2189.

18 CJCE, 10 sept. 2009, *Sea*, préc.

19 CJCE, 19 avr. 2007, aff. C-295/05, *Asemfo* : JurisData n° 2007-008187 ; Dr. adm. 2007, comm. 101.

20 CJUE, 29 nov. 2012, aff. C-182/11, *Econord Spa* : JurisData n° 2012-033883 ; JCP A 2012, act. 887 ; JCP A 2013, 2009.

21 CJCE, 11 mai 2006, *Carbotermo*, préc.

22 CE, 4 mars 2009, n° 300481, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)* : JurisData n° 2009-075033 ; JCP E 2009, 1607.

23 CE, 6 nov. 2013, n° 365079, *Cne Marsannay-la-Côte* : JurisData n° 2013-024868 ; JCP A 2013, act. 884, obs. L. Erstein ; JCP A 2014, 2002, note S. Brameret ; Constr.-Urb. 2013, comm. 164, note L. Santoni ; Dr. adm. 2014, comm. 4, note F. Brenet.

24 CJUE, 29 nov. 2012, *Econord Spa*, préc.

Les pouvoirs adjudicateurs participant à la coopération doivent réaliser sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération

Conseil d'État avait jugé que le recours à ce mécanisme ne permettait pas de satisfaire l'exigence de contrôle analogue²⁵.

C. - La coopération public-public

14 - Nous nous intéressons ici uniquement aux formes de coopération public-public non institutionnalisées, c'est-à-dire aux relations contractuelles entre personnes publiques, à l'exclusion des groupements qu'elles pourraient créer en vue d'assurer leur coopération (de type groupement d'intérêt public ou société publique locale), lesquels ont été envisagés dans le cadre du *in house* conjoint.

15 - Dans l'arrêt *Commission c/ Allemagne* du 9 juin 2009²⁶, dit arrêt *Hambourg*, la Cour, après avoir rappelé que « la circonstance que le prestataire de services soit une entité publique distincte du bénéficiaire des services ne fait pas obstacle à l'application de la directive », a admis l'exclusion des règles de concurrence pour la réalisation d'objectifs communs entre deux communes (en l'espèce, pour le traitement de leurs déchets). La Cour a posé deux conditions : l'accord doit porter sur une réelle coopération visant à effectuer conjointement une mission, et l'accord doit être guidé par des considérations relatives à l'intérêt public. Ces conditions ne sont pas satisfaites, par exemple, dans le cas d'un contrat de fourniture de prestations par une personne publique à une autre²⁷. Constitue, par exemple, un marché public, le contrat par lequel un arrondissement confie à la ville la mission de nettoyer des bâtiments appartenant à l'arrondissement et utilisés par lui²⁸. En revanche, une commune peut, en application de l'article L. 5221-1²⁹ du Code général des collectivités territoriales, qui prévoit les ententes entre personnes publiques sur les objets d'utilité communale, confier à la communauté d'agglomération le service public

de la distribution d'eau sur son territoire, dès lors que l'entente tend à l'exploitation d'un même service public, en continuité géographique, sur l'ensemble du territoire couvert par les deux personnes publiques³⁰.

16 - Reprenant la jurisprudence de la Cour, l'article 12, § 4 de la direc-

tive 2014/24/UE dispose qu'un marché conclu entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs ne relève pas de son champ lorsque « *le marché établi ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun* », et lorsque « *la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public* ». Cette dernière condition devrait exclure tout transfert financier entre les participants à la coopération qui irait au-delà du simple remboursement des frais encourus au titre de la coopération.

La directive ajoute toutefois une précision que la jurisprudence n'avait pas apportée : les pouvoirs adjudicateurs participant à la coopération doivent réaliser sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération. Comme pour le calcul des 80 % d'activités que l'organisme contrôlé doit réaliser pour les pouvoirs adjudicateurs qui le contrôlent, le calcul des 20 % d'activités est réalisé en tenant compte soit de la répartition du « *chiffre d'affaires total moyen* », soit d'« *un autre paramètre approprié, fondé sur les activités tels que les coûts supportés* ».

Enfin, bien que cette précision ne soit pas reprise à l'article 12 de la directive 2014/24/UE, le 33^e considérant de la directive ajoute que « *les services fournis par les différents pouvoirs adjudicateurs participants ne doivent pas nécessairement être identiques ; ils pourraient également être complémentaires* ».

Il reste à la Cour de justice de préciser si la coopération public-public telle que prévue par les directives est possible lorsque les pouvoirs adjudicateurs qui coopèrent sont en partie composés par des personnes privées. Si dans l'arrêt *Hambourg*, la Cour a jugé que la coopération public-public était possible « sans la participation d'une partie privée », aucune entreprise privée ne devant être placée dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents³¹, l'article 12, § 4 de la directive 2014/24/UE ne fait aucune référence à la participation de capitaux privés de sorte qu'il est permis d'entrevoir ici un nouvel assouplissement des critères prétoriens. Le 32^e considérant de la directive semble confirmer cet assouplissement. Le législateur a en effet précisé « *que les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, qui peuvent comporter une par-*

25 CE, 6 nov. 2013, n° 365079, *Cne Marsannay-la-Côte*, préc.

26 CJCE, 9 juin 2009, aff. C-480/06, *Commission c/ Allemagne*. : *JurisData* n° 2009-007114 ; JCP A 2009, 2248.

27 Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (coopération public-public), 4 oct. 2011 : SEC (2011), 1169 Final, p. 15.

28 CJUE, 13 juin 2013, aff. C-386/11, *Piepenbrock Dienstleistungen GmbH & Co. KG*.

29 Deux ou plusieurs conseils municipaux, organes délibérants d'établissements publics de coopération intercommunale ou de syndicats mixtes peuvent provoquer entre eux, par l'entremise de leurs maires ou présidents, une entente sur les objets d'utilité communale ou intercommunale compris dans leurs attributions et qui intéressent à la fois leurs communes, leurs établissements publics de coopération intercommunale ou leurs syndicats mixtes respectifs. Ils peuvent passer entre eux des conventions à l'effet d'entreprendre ou de conserver à frais communs des ouvrages ou des institutions d'utilité commune.

30 CE, 3 févr. 2012, n° 353737, *Cne Veyrier-du-lac* : *JurisData* n° 2012-001651 ; *Dr. adm* 2012, comm. 33

31 V. aussi, CJUE, 19 déc. 2012, aff. C-159-11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* : *JurisData* n° 2012-034242 ; *Contrats-Marchés publ.* 2013, comm. 64.

ticipation de capitaux privés, devraient être en mesure de se prévaloir de l'exemption concernant la coopération horizontale. Par conséquent, lorsque toutes les autres conditions relatives à la coopération horizontale sont remplies, l'exemption en la matière devrait également s'appliquer à ces pouvoirs adjudicateurs, dans le cas où le marché est conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs ».

17 - Avec les trois directives du 26 février 2014, le législateur européen est venu créer de nouvelles catégories de relation *in house* permettant d'attribuer un contrat sans mise en concurrence préalable : la relation *in house* verticale indirecte, la relation *in house* ascendante et la relation *in house* horizontale.

2. Les nouvelles formes de relation *in house* créées par les directives

A. - *In house* vertical indirect

18 - Dans le cadre d'une relation *in house* verticale « classique » ou d'une relation *in house* conjointe, les directives étendent le critère du contrôle analogue en disposant que ce critère est satisfait même en cas de contrôle indirect. L'article 12, § 1 de la directive 2014/24/UE précise en effet que le critère du contrôle analogue est satisfait lorsque le contrôle « est exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur ». Dans son arrêt *Carbotermo* précité, la Cour de justice avait jugé que la relation *in house* indirecte ne permettait pas de satisfaire le critère du contrôle analogue. Dans cette affaire, une commune avait conclu un marché de fournitures avec une entreprise entièrement détenue par une société holding, elle-même détenue à 99,98 % par la commune adjudicatrice et à 0,02 % par d'autres communes. Le contrôle de la commune sur la société adjudicataire s'exerçait par l'intermédiaire de la société holding. La Cour a jugé que « l'intervention d'un tel intermédiaire peut, selon les circonstances du cas d'espèce, affaiblir le contrôle éventuellement exercé par le pouvoir adjudicateur sur une société par actions du simple fait de participer à son capital ». La Cour avait conclu que la commune n'exerçait pas sur la société adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

Désormais, un pouvoir adjudicateur peut passer un contrat sans mise en concurrence non seulement avec une société qu'il contrôle, mais encore avec une société contrôlée par une société qu'il contrôle (par exemple une filiale). La Cour de justice devra interpréter si le législateur a entendu poser une limite à ce mécanisme, ce que la directive ne précise pas clairement. En l'absence d'une telle limite, on pourrait imaginer que le contrôle analogue est caractérisé lorsqu'un marché est attribué à une société filiale d'une société filiale de la société directement contrôlée par le pouvoir adjudicateur. La Cour pourrait juger qu'un trop grand nombre d'intermédiaires étiole le contrôle du pouvoir adjudicateur, qui n'exerce alors plus sur l'attributaire du marché un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

B. - *In house* ascendant

19 - Le législateur européen a créé la relation « *in house* ascendante » ou encore « verticale inversée ». Dans cette hypothèse, déjà envisagée en 2011 par la Commission européenne³², l'attribution d'un marché au pouvoir adjudicateur contrôleur par l'organisme contrôlé n'est pas soumise aux règles de concurrence. L'article 12, § 2 de la directive 2014/24/UE est ainsi rédigé : « *Le paragraphe premier [in house vertical classique] s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle* ».

La relation *in house* ascendante se rencontrera, par exemple, dans les groupes de sociétés ayant la qualité de pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Les sociétés du groupe pourront désormais passer des contrats de management avec la société holding qui les contrôle, sans avoir à procéder à une mise en concurrence. La relation *in house* ascendante pourra encore se rencontrer lorsqu'une commune confie à un établissement public de coopération intercommunale la gestion d'un service public insusceptible de s'inscrire dans une coopération public-public, notamment parce que le service public en question ne profiterait pas aux communes voisines.

Dans le silence des directives, le Cour de justice devra interpréter s'il est possible, par exemple, de cumuler « *in house* ascendant » et « *in house* indirect », autrement dit : si la filiale de l'organisme contrôlé pourra attribuer un marché sans mise en concurrence au pouvoir adjudicateur qui contrôle la société mère. De même, la Cour devra préciser si le « *in house* ascendant » est compatible avec le « *in house* conjoint ». Une partie de la doctrine plaide déjà pour ce dernier rapprochement, un « *in house* ascendant » exclusif d'un « *in house* conjoint » contreviendrait « *au développement de la mutualisation qu'entendent favoriser (ou à tout le moins ne pas entraver) les nouvelles directives* »³³.

C. - *In house* horizontal

20 - Dans le cadre d'une relation *in house* horizontale, une personne morale contrôlée peut attribuer librement un marché à une autre personne morale lorsque celle-ci est également contrôlée par le même pouvoir adjudicateur. Cette relation *in house* était également envisagée en 2011 par la Commission européenne qui s'interrogeait sur la possibilité d'attribuer des contrats sans mise en concurrence entre « deux entités sœurs »³⁴.

32 Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (coopération public-public), 4 oct. 2011, préc., p. 13.

33 F. Llorens et P. Soler-Couteaux, *Interrogations à propos du in house « ascendant »* : Contrats-Marchés publ. 2014, repère 8.

34 Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (coopération public-public), 4 oct. 2011, préc., p. 13.

Une personne morale contrôlée peut attribuer librement un marché à une autre personne morale lorsque celle-ci est également contrôlée par le même pouvoir adjudicateur

21 - Dans un arrêt *Technische Universität Hamburg-Harburg* du 8 mai 2014³⁵, le juge de Luxembourg était saisi d'une question préjudicielle portant sur l'existence d'une relation *in house* horizontale. En l'espèce, l'université Polytechnique de Hambourg était placée sous le contrôle de

l'état fédéré de la ville de Hambourg qui exerçait un contrôle de légalité et d'opportunité limité aux acquisitions de l'université, cette dernière étant constitutionnellement autonome en matière d'enseignement et de recherche. L'université a attribué un marché informatique à une société de droit privé ayant pour objet social d'assister les établissements publics d'enseignement supérieur dans leur mission, dont le capital est détenu à raison d'un tiers par la République fédérale d'Allemagne et de deux-tiers par les seize Länder allemands dont 4,16 % par l'État de la ville de Hambourg (qui toutefois ne dispose pas de représentant à son conseil de surveillance).

La Cour n'a pas confirmé l'existence d'une relation *in house* horizontale entre l'université et la société de droit privé. La Cour a jugé que le critère du contrôle analogue faisait en l'espèce défaut, non parce que l'existence d'un contrôle *in house* horizontal résulterait d'une interprétation trop extensive de la jurisprudence, mais parce que le critère du contrôle analogue vertical entre l'État de la ville de Hambourg et l'université n'était pas rempli, dès lors que le contrôle exercé par l'État de la ville de Hambourg ne s'étendait qu'à une partie de l'activité de l'université : les acquisitions, à l'exclusion de l'enseignement et de la recherche pour lesquels l'université dispose d'une large autonomie.

22 - L'article 12, § 2 de la directive 2014/24/UE consacre désormais l'existence de la relation *in house* horizontale : « le paragraphe 1 [in house vertical classique] s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché (...) à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur ». Dans ce cadre, le critère tiré de ce que 80 % de l'activité de l'organisme contrôlé doit être exercé pour le compte du pouvoir adjudicateur qui le contrôle, est également satisfait lorsque les activités de l'organisme contrôlé sont exercées pour le compte d'autres personnes morales contrôlées par le(s) même(s) pouvoir(s) adjudicateur(s).

Si dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Technische Universität Hamburg-Harburg*, l'avocat général Paolo Mengozzi avait consi-

35 CJUE, 8 mai 2014, aff. C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg* ; *JurisData* n° 2014-012720 ; *Europe* 2014, comm. 299.

déré que la relation *in house* horizontale était incompatible avec l'exercice d'un contrôle conjoint, la directive semble indiquer le contraire³⁶. Espérons que la Cour, là encore, interprétera rapidement la volonté du législateur.

Conclusion

23 - Le législateur européen a inscrit dans les textes des directives la jurisprudence sur la relation *in house* : 80 % de l'activité de l'organisme contrôlé doit être exercé pour le compte du pouvoir adjudicateur qui le contrôle ; la présence de capitaux privés au sein de l'organisme contrôlé est permise si ces derniers ne confèrent pas à la personne privée une capacité de blocage ; une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs dans les organes décisionnels de l'organisme conjointement contrôlé.

Les nouvelles directives prévoient également de nouvelles formes de relations *in house* : la relation *in house* verticale directe, ascendante et horizontale.

Si les directives précisent certains champs de la relation *in house*, elles en ouvrent d'autres, multipliant les dérogations aux règles d'attribution des contrats après mise en concurrence. Ce faisant, il n'est pas certain que les directives aient complètement satisfait l'ambition du législateur de pallier l'insécurité juridique qui résultait alors d'interprétations divergentes de la jurisprudence de la Cour.

La définition de la relation *in house* dans les directives ne devrait pas mettre un terme aux nombreuses décisions qui, depuis l'arrêt *Teckal*, sont venues définir son champ d'application. Au contraire, l'extension par le législateur du champ de la relation *in house* devrait conduire le juge de Luxembourg à enrichir sa jurisprudence, afin notamment de préciser comment les multiples dérogations aux règles de mise en concurrence prévues par les directives doivent s'articuler entre elles. ■

36 Dans cette perspective, j'estime donc que l'exception à l'application des règles de l'Union aux attributions internes horizontales ne peut être admise que si l'organisme qui exerce le contrôle analogue sur les deux parties, à savoir le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire, est non seulement le même, mais exerce aussi son contrôle analogue de manière exclusive sur les deux parties. J'estime en conséquence qu'il faut exclure la possibilité d'étendre l'exception *in house* aux cas d'opérations horizontales conclues entre des parties sur lesquelles une administration exerce un contrôle analogue, tel que défini par la jurisprudence, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs. – V. *Document de travail des services de la Commission concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs (coopération public-public)*, 4 oct. 2011, préc., note 45.