

alerte client

REGLEMENTATION EUROPEENNE | BRUXELLES |

20 MAI 2014

LA COUR DE JUSTICE SE PRONONCE SUR L'APPLICABILITE DES REGLES DE MARCHES PUBLICS AUX OPERATIONS INTERNES HORIZONTALES

C'est un cas d'espèce inédit qui a donné lieu à l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union Européenne rendu le 8 mai dernier dans l'affaire C-15/13, *Technische Universität Hamburg-Harburg contre Datenlosen Informationssystem GmbH*.

éditorial

Benoît Le Bret
Avocat associé

LE CONTEXTE FACTUEL

Le litige portait sur un contrat de fourniture d'un système de gestion informatique conclu entre deux entités « publiques » - la TUUH, un établissement public d'enseignement supérieur (« le pouvoir adjudicateur ») - et HIS¹, une entreprise de logiciels de gestion à capital intégralement public (« l'entité attributaire ») - n'ayant aucun contrôle l'une sur l'autre mais soumises toutes deux au contrôle d'un même organisme public - la ville de Hambourg - et exerçant l'essentiel de leurs activités pour ce dernier. Il est précisé que l'objet social de la HIS, est d'assister les établissements publics d'enseignement supérieur pour assurer l'exécution rationnelle et efficace de leurs missions d'enseignement supérieur.

Ce contrat de fourniture avait été attribué directement par l'établissement d'enseignement supérieur à l'entreprise de logiciels de gestion, sans passer par une procédure d'adjudication. Un prestataire de services informatique concurrent de HIS avait alors attaqué cette décision d'attribution devant la juridiction allemande.

Celle-ci a renvoyé l'affaire à la Cour de Justice de l'Union pour qu'elle se prononce sur la question de savoir si une opération de ce type pouvait être exemptée de l'application des procédures de marchés publics prévus par la Directive 2004/18 (« Directive Marchés Publics »).

Énoncé autrement, un contrat passé entre deux entités juridiquement distinctes mais contrôlées toutes deux par une tierce entité elle-même soumise aux règles des marchés publics, peut-il échapper aux règles de passation des marchés publics énoncées dans la Directive Marchés Publics ?

¹ HIS est une société à responsabilité limitée de droit privé, mais dont le capital est intégralement public.

Rappel : les hypothèses d'exemption aux règles de passation des marchés reconnues par la jurisprudence antérieure

La jurisprudence antérieure de la Cour a reconnu deux exceptions à l'application des règles relatives aux procédures d'adjudication des marchés publics, à savoir :

- **L'exception des contrats « in house »**

Depuis un arrêt Teckal,² la Cour de l'Union a admis qu'un pouvoir adjudicateur est dispensé de mettre en œuvre une procédure d'adjudication d'un marché public à la condition qu'il exerce sur l'adjudicataire un « contrôle analogue » à celui qu'il exerce sur ses propres services et que cet adjudicataire réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui le détiennent.

En l'espèce, TUUH comme HIS ont fait valoir devant la Cour de l'Union que, bien qu'il n'y ait pas rapport de contrôle entre ces deux entités, la condition de « contrôle analogue » précitée était remplie en raison du fait que celles-ci se trouvent toutes les deux sous le contrôle de la ville de Hambourg.

- **L'exception relative aux coopérations entre deux entités publiques**

Cette exception s'applique à une coopération entre deux entités publiques ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public commune à ces entités. L'application de cette exception suppose en outre que les contrats conclus dans ce contexte soit exclusivement régis par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public et qu'ils ne placent pas un prestataire privé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents.³

Les parties au litige ont également revendiqué l'application de cette exception au profit de la coopération entre l'université TUUH et HIS.

L'ARRET DE LA COUR DE JUSTICE

C'est la première fois que la question de l'applicabilité de la Directive aux attributions « in house » horizontales fait l'objet d'un examen par la Cour.

La Cour rejette l'application de l'exception « in house » au cas d'espèce

La Cour commence par rappeler le critère fondamental à satisfaire pour l'application de l'exception « in house », à savoir l'exercice par l'adjudicateur d'un « **contrôle analogue** » à celui sur ses propres services, défini comme « *la possibilité d'exercer une influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de l'entité attributaire* ». Ce contrôle doit être effectif, structurel et fonctionnel.

Appliquant ce critère au scénario de l'espèce, elle relève :

1. L'absence totale d'un rapport de contrôle entre l'université TUUH, pouvoir adjudicateur, et HIS, entité attributaire.

² Arrêt Teckal, C-107/98, EU : C : 1999 : 562.

³ Arrêts Commission / Allemagne, C-480/06, EU : C : 2009 :357 et Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a., C-159/11, EU : C : 2012 :817.

2. L'absence de la part de la ville de Hambourg d'un contrôle sur l'Université TUUH « analogue » à celui exercé sur ses propres services.

La Cour considère en effet que le contrôle exercé par la ville de Hambourg sur le pouvoir adjudicateur n'est qu'un contrôle partiel - qui couvre simplement l'activité de cette dernière en matière d'acquisitions mais non l'activité d'enseignement et de recherche (dans lesquels l'université dispose d'une large autonomie). **Or un tel contrôle partiel, ne saurait être qualifié de « contrôle analogue », au sens de la jurisprudence de la Cour.**

La Cour rejette également l'application de l'exception de la coopération horizontale entre entités publiques poursuivant une mission de service public

La Cour considère que les conditions pour l'application de cette exception ne sont pas remplies, dès lors que « *la coopération instituée entre l'université et HIS n'est pas destinée à l'accomplissement d'une mission de service public* ».

LES INTERROGATIONS SUBSISTANTES

L'arrêt de la Cour ne semble pas avoir définitivement tranché la question de l'application de l'exception « in house vertical » aux situations dans lesquelles le même ou les mêmes pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle analogue sur deux opérateurs économiques distincts dont l'un attribue un marché à l'autre (« **opérations dites internes horizontales** »).

En effet, elle s'est arrêtée dans cet arrêt au constat de l'absence, au cas d'espèce, d'un contrôle analogue effectif.

« Dans ces circonstances il n'y pas lieu d'examiner si l'exception concernant les attributions « in house » peut trouver à s'appliquer aux opérations dites « internes horizontales » »; §33 de l'arrêt.

Il pourrait donc être soutenu que, dans d'autres opérations du même type, s'il était prouvé que l'entité tierce exerce un « contrôle analogue » sur les deux entités « sœurs », l'exception in house pourrait s'appliquer.

C'est d'ailleurs ce qui semble être prévu par l'article 12(3) de la nouvelle Directive Marchés Publics⁴, lorsqu'il énonce :

« Le paragraphe 1 [celui de l'exception « in house » dite verticale] s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribuée le marché public 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 les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».

On peut s'interroger sur la forme que devra prendre le contrôle par l'entité tierce dans une telle hypothèse : le contrôle requis pour bénéficier de l'exception « in house » doit-il être **exclusif** (à l'entité adjudicatrice) ou peut-il être **conjoint (à plusieurs entités)** ?

⁴ Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE

Pour l'avocat général, Paolo Mengozzi, l'exemption des prestations intégrées horizontales ne s'appliqueraient que dans le cas d'un « contrôle analogue » exclusif et non d'un contrôle conjoint.

Cette nouvelle question n'a pas encore été tranchée par la Cour. En tout état de cause, les pouvoirs adjudicateurs doivent redoubler de vigilance avant de décider l'attribution directe de missions dans le cadre d'une coopération horizontale entre entités publiques.

CONTACTS

BENOIT LE BRET

Associé

lebret@gide.com

DIANA CALCIU

Collaboratrice

diana.calciu@gide.com

Vous pouvez consulter cette lettre d'informations sur notre site Internet, rubrique Actualités & Publications : gide.com

Cette lettre d'informations est une publication électronique périodique éditée par le cabinet Gide Loyrette Nouel (le "Cabinet") diffusée gratuitement auprès d'un nombre limité de personnes ayant une relation directe ou indirecte avec le Cabinet. Cette lettre d'informations est réservée à l'usage privé de son destinataire et n'a qu'une vocation d'information générale non exhaustive. Elle ne saurait constituer ou être interprétée comme un acte de conseil juridique. Le destinataire est seul responsable de l'usage qu'il fait des informations fournies dans la lettre d'Informations et le Cabinet ne pourra être tenu responsable envers le destinataire de quelconques dommages directs ou indirects découlant de l'utilisation de ces informations. Conformément à la loi "informatique et libertés" n° 78-17 modifiée, vous pouvez demander à accéder, faire rectifier ou supprimer les informations vous concernant traitées par notre service Communication (privacy@gide.com).