

8 Nouvelles directives européennes, *in house* et aides d'État

Frédérique OLIVIER,
associée DS Avocats,
responsable du département « Projets et Contrats publics »

Jean-Louis LESQUINS,
ancien associé DS Avocats,
département « Concurrence »

Les nouvelles directives européennes viennent de mettre un terme aux stratifications jurisprudentielles de certaines exceptions aux obligations de publicité et de mise en concurrence, clarifiant ainsi les règles du *in house*. Simultanément, elles ouvrent la voie à une nouvelle problématique, celle de l'articulation du régime du *in house* et de la nouvelle exception tirée de la coopération horizontale des pouvoirs adjudicateurs, et amènent à s'interroger sur le sujet particulier des effets liés du *in house* et des aides d'État.

1. La consécration de l'exception *in house* par les directives européennes

1 - Le paquet législatif « commande publique », qui a été adopté le 11 février 2014 en Conseil des affaires générales de l'Union européenne, et publié le 28 mars 2014, comporte trois nouvelles directives européennes, dont deux visent à moderniser et simplifier l'encadrement juridique des marchés publics : la première dite « secteurs classiques » ; la deuxième dite « secteurs spéciaux » (eau, énergie et transports). La troisième est relative à l'attribution des concessions de services ou de travaux¹.

Les États membres ont jusqu'au 18 avril 2016 pour transposer ces dispositions dans leur droit national, un délai supplémentaire étant octroyé pour les dispositions en matière de dématérialisation des marchés publics.

Au centre de ce nouveau cadre juridique, le dispositif de la prestation intégrée ou *in house*.

Sans revenir sur les commentaires généraux déjà formulés par certains auteurs², il convient de rappeler la genèse de certaines des nouvelles dispositions régissant l'exception *in house*, étant entendu que le cadre de ces nouvelles dispositions est partagé par les trois directives (ci-après, « les directives »).

A. - Un état jurisprudentiel complexe avant l'adoption des directives

2 - C'est dans l'arrêt *Teckal*³ que le juge communautaire a consacré l'exception aux obligations de publicité et de mise en concurrence couramment désignée comme la théorie du *in house*. « 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 cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent », cette dernière n'est pas dans l'obligation de respecter les mesures de publicité et de mise en concurrence⁴.

Le Code des marchés publics français (CMP) y a ajouté la condition que l'organisme attributaire de la mission ou du marché, à défaut d'être un pouvoir adjudicateur au sens des directives, applique pour répondre à ses propres besoins les règles du CMP ou celles de même nature de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 (CMP, art. 3, 1°).

Mise fréquemment à l'épreuve de la jurisprudence, cette théorie a fait l'objet de nombreux questionnements complémentaires.

3 - Tout d'abord, la condition du contrôle analogue est remplie, selon la Cour de justice des communautés européennes, dès lors que le pouvoir adjudicateur qui attribue les missions ou les contrats exerce une influence déterminante sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de l'entité prestataire⁵. L'appréciation du caractère déterminant de cette influence a été sujet à interprétation. Cette influence déterminante peut être établie de manières diverses, mais la désignation de la majorité des membres du Conseil d'administration ou le contrôle de la majorité du capital en constituent les indices les plus pertinents⁶.

4 - Ensuite, l'exception du *in house* a été regardée comme ne pouvant s'appliquer au cas où l'entité attributaire comporte en son sein, à côté d'un ou de plusieurs pouvoirs adjudicateurs, des entreprises ou plus généralement des personnes privées⁷. Cette « exception dans l'exception » a donné lieu à de nombreux commentaires et généré des incertitudes juridiques handicapantes.

Plus exactement, la jurisprudence a visé des organismes prestataires « dont une partie du capital est détenu par des personnes privées ». Deux motifs semblaient gouverner cette impossibilité :

1. PE et Cons. UE, dir. 2014/24/UE, 26 févr. 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE (dite « secteurs classiques ») : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 65. – PE et Cons. UE, dir. 2014/25/UE, 26 févr. 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE (dite « secteurs spéciaux ») : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 243. – PE et Cons. UE, dir. 2014/23/UE, 26 févr. 2014 sur l'attribution de contrats de concession : JOUE n° L 94, 28 mars 2014, p. 1.

2. S. Braconnier, Regards sur les nouvelles directives marchés publics et concessions. Première partie : un cadre général renouvelé : JCP G 2014, doct. 567. – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Le choc de simplification et la commande publique : Contrats-Marchés publ. 2014, repère 4. – F. Llorens et P. Soler-Couteaux, Quelle(s) direction(s) pour les nouvelles directives marchés et concessions ? : Contrats-Marchés publ. 2014, repère 3. – G. Clamour, Nouvelles directives marchés, premier panorama : Contrats-Marchés publ. 2014, comm. 71. – Th. Rouveyran, Concessions et relations entre pouvoirs publics : les exclusions, *Moniteurjuris* : Contrats publics n° 141 mars 2014. – M. Karpenschif, Du « *in house* » aux « *in house* » après la directive concession ? : *Moniteurjuris*, Contrats publics n° 141 mars 2014. – S. de La Rosa, Vers un approfondissement des règles européennes applicables aux concessions de service public : LPA 18 mars 2014, p. 5.

3. CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, pt 50, *Teckal Sarl* : *JurisData* n° 1999-590018.

4. *Ibid.*

5. CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen* : *JurisData* n° 2005-400011.

6. CAA Paris, 30 juin 2009, n° 07PA02380, *Ville de Paris*.

7. CJCE, 21 juill. 2005, aff. C-231/03, *Coname*. – CJCE, 6 avr. 2013, aff. C-410/04, *ANAV*.

d'une part, l'attribution sans mise en concurrence pouvait apporter un avantage concurrentiel indu à la « personne privée », entendu comme un opérateur économique privé. D'autre part, la présence de cette personne privée au capital de l'entité contrôlée pouvait empêcher les pouvoirs adjudicateurs présents en son sein d'exercer sur elle un « contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services ».

Il ressortait de la jurisprudence de la Cour de justice européenne :
 – d'une part, que la présence au sein de l'entité attributaire d'une entreprise privée qui est un de ses concurrents au titre de la prestation en cause est incompatible avec un choix de l'entité sans mise en concurrence, car ce serait un contournement des obligations expresses posées par les directives⁸ ;

– d'autre part, qu'il est douteux que des personnes privées non investies d'une mission de SIG (Service d'intérêt général), non soumises, pour passer leurs propres commandes, à des règles analogues à celles de la commande publique et poursuivant des objectifs de nature économique et lucrative, puissent partager avec des personnes publiques chargées d'un service public les mêmes finalités.

Pour surmonter l'incertitude, on ne disposait que de l'indication selon laquelle la collaboration institutionnelle entre personnes publiques et privées au sein des entités contrôlées par des pouvoirs adjudicateurs ne peut être acceptée dans la perspective de l'établissement d'une relation *in house*, spécialement « lorsqu'elle a pour unique objectif de contourner les règles de la commande publique »⁹.

5 - Encore, la relation *in house* avec une entité peut être entretenue par plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou autorités publiques, dès lors qu'ils exercent conjointement sur cet organisme un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leur propre service et lui apportent ensemble l'essentiel de ses missions¹⁰.

Dans un premier temps, la jurisprudence a semblé assimiler ce cas à celui dans lequel plusieurs autorités publiques détiennent une entité à laquelle elles confient l'accomplissement d'une de leurs missions de service public. L'exercice du contrôle conjoint était donc lié à l'existence d'une mission commune ou d'un intérêt commun des pouvoirs adjudicateurs membres, poursuivie à travers l'action de l'entité contrôlée. Il pouvait s'agir, en particulier, d'un organisme spécialement créé par ces pouvoirs adjudicateurs pour accomplir en commun leurs missions respectives d'intérêt général¹¹.

Pour qu'un tel contrôle conjoint puisse exister, trois conditions devaient être respectées :

– les organes décisionnels de la personne morale contrôlée devaient être composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices participants ;

– ces pouvoirs adjudicateurs devaient être en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée ;

– et la personne morale contrôlée ne devait pas poursuivre d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui la contrôlent.

Cette condition pouvait être remplie, même en présence d'actionnaires ou de dirigeants relevant du droit privé au sein des pouvoirs adjudicateurs, dès lors que, d'une part, la présence de tels actionnaires ou dirigeants n'entravait pas l'application de la condition du « contrôle analogue », c'est-à-dire n'empêchait pas les pouvoirs adjudicateurs présents dans l'organisme de le contrôler effectivement et de lui assigner effectivement des missions dictées par l'inté-

rêt public et que, d'autre part, l'activité de l'entité contrôlée était minoritairement dédiée à ces membres privés.

Un tel organisme ne pouvait dans ce cas être considéré comme un opérateur du marché concurrentiel.

À l'inverse, en cas de contrôle conjoint, se posait la question de savoir si toutes les autorités publiques exerçant ce contrôle conjoint devaient impérativement occuper un siège au sein des organes de direction de la structure dédiée créée et contrôlée par elles et si, à défaut, l'autorité publique en cause se trouvait privée du bénéfice de l'exception *in house* à l'égard de la personne contrôlée.

En revanche, cette entité, même si elle avait un caractère public ou était aussi un pouvoir adjudicateur, se trouvait soumise aux règles des directives « marchés » quand elle se voyait attribuer des contrats par d'autres pouvoirs adjudicateurs qui ne participaient pas à son contrôle¹².

6 - Enfin, l'exigence du caractère « essentiel » des missions confiées à l'entité objet du contrôle analogue se révélait d'interprétation délicate. Le Conseil d'État rappelait dans son arrêt *Commune d'Aix-en-Provence* du 6 avril 2007¹³ que seule une « diversification purement accessoire » pouvait être admise. Pour autant, aucun indice du caractère accessoire ou marginal d'une activité n'était défini.

L'ensemble de ces principes de source jurisprudentielle est, aujourd'hui, traduit et clarifié par les directives européennes relatives à la commande publique.

B. - Une clarification des exceptions ainsi posées par les directives européennes

7 - Les directives ont entendu consolider les acquis de la jurisprudence *in house*, et lever plusieurs des incertitudes qui s'attachaient à l'interprétation de la jurisprudence. Elles apportent des éclaircissements importants et, sur certains points, introduisent des assouplissements aux règles jurisprudentielles.

L'un de leurs principaux apports est une formulation plus précise des conséquences, dans le cadre de l'exception *in house*, de la présence d'une personne privée au sein de l'entité contrôlée.

Un autre est de préciser les conditions de la relation *in house* par exercice d'un « contrôle conjoint ».

Un troisième est d'opérer une distinction plus claire entre la relation *in house* entretenue par l'effet d'un contrôle conjoint de plusieurs pouvoirs adjudicateurs sur une entité contrôlée et une coopération entre pouvoirs adjudicateurs pour accomplir une mission de service public ou des missions complémentaires à une telle mission.

8 - C'est l'article 12 de la directive « secteurs classiques » (respectivement article 28 de la directive « secteurs spéciaux » et article 17 de la directive « concessions ») qui consacre désormais expressément la théorie jurisprudentielle du *in house*.

Le paragraphe 1 de cet article indique que :

« Un marché public attribué par un pouvoir adjudicateur à une personne morale régie par le droit privé ou le droit public ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

a) Le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ;

b) Plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercées dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ;

c) 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 les dispositions législatives nationales, conformément

8. S. Nicinski, *Prestations intégrées : le « in house »* : Groupe Monteur, avr. 2013, II.610.1, p. 7

9. S. Nicinski, *préc.*

10. CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel-Brabant*. – CJUE, 29 nov. 2012, aff. C-182/11, *Econord SPA* : *JurisData* n° 2012-033883.

11. CE, 4 mars 2009, n° 300481, *Syndicat national des industries d'information de santé (SNIS)* : *JurisData* n° 2009-075033.

12. CJUE, 29 nov. 2012, aff. C-182/11, *Econord SpA*, *préc.*

13. CE, 6 avr. 2007, n° 284736, *Che Aix-en-Provence* : *JunsData* n° 2007-071735.

aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».

9 - C'est ainsi d'abord une précision de *quantum* qui vient expliciter les notions jurisprudentielles d'activité « essentielle » et « accessoire » appliquées à l'entité prestataire objet d'un contrôle analogue dans le cadre de la relation *in house*.

Les directives imposent ainsi que « plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée so(i)ent exercés dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qu'il contrôle ».

Un *quantum* légal est donc consacré. Cette inscription met fin aux atermoiements précédents qu'induisait la condition d'une activité consacrée « principalement à cette collectivité »¹⁴.

Le texte reste relativement imprécis sur la méthode de quantification de l'activité de la personne morale contrôlée¹⁵. Il vise alternativement la répartition de son chiffre d'affaires ou celle des coûts exposés ; mais ces deux modes de calcul peuvent conduire à des résultats différents. C'est donc au juge qu'il appartiendra de définir les conditions de l'appréciation de ce pourcentage (chiffre d'affaires ou bénéfice générés, coûts supportés, nombre de contrats, bénéfice généré, nombre d'utilisateurs ou de clients,...).

10 - C'est ensuite au regard de la dernière des conditions posées, que les directives procèdent à un élargissement de la conception même du *in house* :

« 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 les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».

Au travers de cette condition, les directives organisent précisément les conditions de la présence possible au sein de l'entité contrôlée de capitaux privés.

En effet, si cette présence est exclue d'une manière générale, elle est en revanche acceptée si elle est rendue nécessaire par une disposition législative et ne confère pas aux détenteurs de ces capitaux la possibilité d'exercer une influence décisive.

Cette acceptation, même relative, de la participation directe de capitaux privés au sein de l'entité contrôlée constitue une avancée textuelle qui élargit le cadre même du *in house*.

Relevons, de plus, que le caractère exprès de l'interdit de présence de capitaux privés, sous les réserves susmentionnées, laisse à penser qu'à *contrario* il ne pèse aucun interdit de participation privée indirecte, au sein de l'entité contrôlée, de personnes elles-mêmes détenues en partie par des capitaux privés.

S'agissant des conséquences à tirer de la présence au capital de l'entité contrôlée, au sens de l'arrêt *Teckal*, d'une personne privée, le considérant n° 32 précise encore :

« Les marchés publics attribués à des personnes morales contrôlées ne devraient pas être soumis à l'application des procédures prévues par la présente directive si le pouvoir adjudicateur exerce sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à condition que la personne morale contrôlée consacre plus de 80 % de ses activités à l'exécution de missions qui lui ont été confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ledit pouvoir adjudicateur, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du marché.

Cette exemption ne devrait pas être étendue aux situations où un opérateur économique privé détient une participation directe dans

le capital de la personne morale contrôlée, dès lors que, dans de telles circonstances, l'attribution d'un marché public sans recours à une procédure concurrentielle 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 ».

L'exclusion viserait donc précisément la participation, dans l'entité contrôlée, de capitaux privés, ou la présence d'un opérateur économique privé, non celle d'une personne de droit privé en général.

Le même considérant précise que ce qui est déterminant ici est uniquement « la participation privée directe dans le capital de la personne morale contrôlée », et non une telle présence au sein des entités ayant la qualité de pouvoirs adjudicateurs et elles-mêmes présentes au sein de l'entité contrôlée.

11 - Enfin, en matière de contrôle conjoint, les directives étendent également l'exception aux obligations de mise en concurrence de la personne contrôlée à la situation dans laquelle un pouvoir adjudicateur n'exerce pas seul sur l'entité contrôlée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, mais exerce néanmoins un tel contrôle sur l'entité contrôlée conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs.

Ainsi l'article 12, paragraphe 3 de la directive « secteurs classiques » indique ainsi que :

« Un pouvoir adjudicateur, qui n'exerce pas de contrôle au sens du § 1 du présent article sur une personne morale régie par le droit privé ou le droit public peut néanmoins attribuer un marché public à cette personne morale sans appliquer la présente directive, lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

a) le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice (...) exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, un contrôle sur cette personne morale semblable à celui qu'elle exerce sur ses propres services (...)

Aux fins du premier alinéa point a), du présent paragraphe, les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

i) les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants ou entités adjudicatrices participantes (...)

ii) ces pouvoirs adjudicateurs ou ces entités adjudicatrices sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée et

iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui la contrôlent. »

Les directives confirment donc qu'une même personne physique pourra représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou entités adjudicatrices ou l'ensemble d'entre eux ou d'entre elles. À travers cette disposition s'assouplit la condition qui voulait que chaque pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice présent au sein des organes de décision de la structure contrôlée détienne un siège au sein de son conseil d'administration. Un effort de simplification a ainsi été opéré.

2. La consécration d'une seconde exception par les directives européennes : la coopération horizontale

12 - Dans l'esprit des décisions de la Cour, mais de manière plus claire et systématique, les directives précisent, en particulier, au considérant 31 de la directive « secteurs classiques », que :

« Le seul fait que les deux parties à un accord sont elles-mêmes des pouvoirs publics n'exclut pas en soi l'application des règles

14. CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal Sarl*, préc.

15. § 5 de l'article 12 de la directive 2014/24/UE sur la passation des marchés publics, § 5 de l'article 28 de la directive 2014/25/UE sur la passation des marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, § 5 de l'article 17 de la directive 2014/23/UE sur l'attribution de contrats de concession.

établies par la présente directive. L'application de ces règles ne devrait toutefois pas interférer avec la liberté des pouvoirs publics d'exécuter les missions de service public qui leur sont confiées en mobilisant leurs propres ressources, ce qui inclut la possibilité de coopérer avec d'autres pouvoirs publics. Il convient de veiller à ce qu'aucune coopération public-public ainsi exemptée ne fausse la concurrence à l'égard d'opérateurs économiques privés, dans la mesure où elle placerait un prestataire de service privé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents ».

Dans son arrêt de 2009, c'est au nom de la théorie du *in house* que la Cour de justice des communautés européennes avait écarté du champ de la directive et donc des obligations de publicité et de mise en concurrence le contrat qui « instaure une coopération entre collectivités locales ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public »¹⁶ dès lors que ce contrat était conclu « exclusivement par des entités publiques, sans la participation d'une partie privée, qu'aucun prestataire privé n'est placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents et que la coopération qu'ils instaurent (est) uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public »¹⁷.

Les directives innovent en instaurant un régime spécifique et distinct de celui du *in house*.

A. - Les caractéristiques de la coopération horizontale

13 - Les directives rendent explicites les conditions dans lesquelles ce type de coopération permet d'échapper aux obligations de publicité et de mise en concurrence

Le considérant n° 33, consacré à ce qui est désormais désigné sous la dénomination « coopération horizontale » entre pouvoirs adjudicateurs pour accomplir conjointement leurs missions de service public, ajoute que

« Les pouvoirs adjudicateurs devraient pouvoir choisir de fournir conjointement leurs services publics par la voie de la coopération, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière. Cette coopération pourrait porter sur tous les types d'activités liées à l'exécution des services et à l'exercice des responsabilités confiées aux pouvoirs participant 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. Il n'est pas nécessaire que les services fournis par les différents pouvoirs participants ou les différentes entités participantes soient identiques, ils pourraient également être complémentaires.

Les marchés 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, que la mise en œuvre de cette coopération n'obéisse qu'à des considérations d'intérêt public et qu'aucun prestataire privé de service ne soit placé dans une position privilégiée par rapport à ses concurrents.

Pour que ces conditions soient remplies, il convient que la coopération soit fondée sur le concept de coopération. Cette 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.

En outre la mise en œuvre de la coopération, y compris tout transfert financier entre pouvoirs adjudicateurs participants, ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public ».

Le considérant n° 32 précise pour sa part que :

« Les pouvoirs adjudicateurs tels que les organismes de droit public, qui peuvent comporter une participation de capitaux privés, devraient être en mesure de se prévaloir de l'exemption concernant la coopération horizontale. Par conséquent, lorsque toutes les autres conditions relatives à la coopération horizontale sont remplies, l'exemption en la matière devrait également s'appliquer à ces pouvoirs adjudicateurs, dans le cas où le marché est conclu exclusivement entre pouvoirs adjudicateurs ».

Enfin, le paragraphe 4 de l'article 12 de la directive « secteurs classiques » développe les dispositions relatives à la coopération entre pouvoirs adjudicateurs, dans les termes suivants

« Un contrat conclu exclusivement entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs ne relève pas du champ d'application de la présente directive lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies

a) le contrat établit ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont fournis en vue d'atteindre les objectifs communs,

b) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public,

c) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché libre moins de 20 % des activités concernées par la coopération ».

Il est ainsi requis que le contrat considéré établisse ou mette en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics, dont ils doivent respectivement assurer la gestion, sont fournis en vue d'atteindre des objectifs communs. De plus, la mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des seules considérations d'intérêt public.

Et enfin les pouvoirs adjudicateurs participants doivent réaliser sur le marché libre moins de 20 % des activités concernées par la coopération.

L'exception de la coopération horizontale est largement appréhendée puisque les directives l'étendent à tous pouvoirs adjudicateurs et précisent, dans leur préambule, que « cette coopération pourrait porter sur tous types d'activités liées à l'exécution de services et à l'exercice de responsabilités » des pouvoirs adjudicateurs.

À ce titre, le champ de la coopération précédent est élargi à l'accomplissement de missions de service public identiques ou complémentaires. « Il n'est pas nécessaire que les services fournis par les différents pouvoirs participants ou les différentes entités participantes soient identiques, ils pourraient également être complémentaires ».

14 - Ainsi, les directives rendent explicites les conditions dans lesquelles

– d'une part, plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent, sans être soumis aux obligations des directives, confier des missions à une personne de droit public ou privé qu'ils contrôlent conjointement et qui réalise pour eux l'essentiel, c'est-à-dire plus de 80 %, de ses activités (c'est le *in house* par contrôle conjoint) et,

– d'autre part, plusieurs pouvoirs adjudicateurs peuvent, sans être contraints de recourir à une forme juridique particulière, coopérer dans un cadre contractuel échappant à la directive pour accomplir des missions de service publics identiques ou complémentaires en vue d'atteindre des objectifs communs, sans exercer sur le marché concurrentiel plus de 20 % des activités concernées par la coopération (la « coopération horizontale »).

Les directives distinguent, ce faisant, plus clairement qu'auparavant les deux régimes d'exception aux obligations de mise en concurrence qu'elles posent.

À ce titre, l'on peut s'interroger sur le devenir de la troisième condition posée par le Code des marchés publics de 2006 et l'ordonnance du 6 juin 2005 par laquelle au sein d'une relation *in house* « même si le cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique pour répondre à ses propres besoins les règles de passation du Code des marchés publics ou de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 », dès lors que, d'une part, son lien

16 CJCE 9 juin 2009, aff. C 480/06, Commission c/ Allemagne. JurisData n° 2009 007114.

17 CJUE 19 déc 2012, aff. C-159/11 Azienda Sanitaria Locale di Lecce (ASLL). JurisData n° 2012-034242.

avec les nouvelles dispositions européennes relatives au *in house* ne s'impose pas et, d'autre part, qu'elle devient superfétatoire dans le champ de la coopération horizontale.

B. - La rencontre du *in house* conjoint et de la coopération horizontale

15 - On relèvera en tout état de cause la coïncidence dans l'un et l'autre régime de certaines des conditions posées par la directive :

a) Coïncidence de la définition de pouvoir adjudicateur, qualité conditionnant l'existence de la coopération horizontale à l'égard de la personne morale prestataire en coopération horizontale et la première condition du *in house* relative au contrôle conjoint :

● S'agissant du *in house* :

« Le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice (...) exerce, conjointement avec d'autres pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices, un contrôle sur cette personne morale semblable à celui qu'elle exerce sur ses propres services (...) »

Aux fins du premier alinéa point a), du présent paragraphe, les pouvoirs adjudicateurs exercent un contrôle conjoint sur une personne morale lorsque toutes les conditions suivantes sont réunies :

i) les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants ou entités adjudicatrices participantes (...)

ii) ces pouvoirs adjudicateurs ou ces entités adjudicatrices sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée et

iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui la contrôlent. »

● S'agissant de la coopération horizontale :

« Un contrat conclu exclusivement entre plusieurs pouvoirs adjudicateurs [dont] : pouvoirs adjudicateurs : l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public » [lesquels sont] : « tout organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes » :

a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ;

b) il est doté de la personnalité juridique ; et

c) soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales ou par d'autres organismes de droit public, soit sa gestion est soumise à un contrôle de ces autorités ou organismes, soit son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public ».

Ainsi, de même que plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices peuvent exercer le contrôle conjoint sur une entité *in house* fournissant des prestations intégrées, ces mêmes pouvoirs ou entités peuvent coopérer entre eux pour se répartir l'exécution de missions afférentes au service public ou pour les exécuter ensemble.

b) Coïncidence des finalités poursuivies :

● S'agissant du *in house* :

« i) ces pouvoirs adjudicateurs ou ces entités adjudicatrices sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée et

ii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui la contrôlent.

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 les dispositions législatives nationales, conformément

aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée ».

● S'agissant de la coopération horizontale :

« i) le contrat 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 fournis en vue d'atteindre les objectifs communs ;

j) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public »

Ainsi, en ce qui concerne l'exception *in house* et le contrôle conjoint possible des pouvoirs adjudicateurs, ils doivent exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne contrôlée, la personne morale contrôlée ne pouvant poursuivre des intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices qui la contrôlent.

De même, s'agissant de la coopération horizontale, le contrat passé entre les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices doit établir ou mettre en œuvre une coopération destinée à garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont fournis en vue d'atteindre les objectifs communs et que la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public.

La satisfaction de l'intérêt public semble donc, quelle que soit l'exception regardée, la seule finalité qui puisse justifier le régime dérogatoire aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

c) Coïncidence dans les limites imposées :

● S'agissant du *in house* :

Plus de 80 % des activités de cette personne morale contrôlée sont exercés dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales qui il contrôle.

● S'agissant de la coopération horizontale :

Les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché libre moins de 20 % des activités.

16 - Mais force est de constater que les directives font aussi naître un champ de recouvrement possible des deux régimes ou pourraient favoriser une confusion dans l'application de l'un ou l'autre des deux régimes d'exception : ce serait le cas dans la situation où des pouvoirs adjudicateurs confient des prestations à un organisme public, lui-même doté du statut de pouvoir adjudicateur.

Dans ce cas, il peut strictement s'agir de coopération horizontale, lorsque ce pouvoir adjudicateur exerce une mission de service public complémentaire à celles des pouvoirs adjudicateurs donneurs d'ordre, ou de *in house*, si le pouvoir adjudicateur prestataire a été créé à cet effet et se trouve conjointement contrôlé par les mêmes pouvoirs adjudicateurs donneurs d'ordre.

Le recouvrement des deux notions serait même avéré si celui des pouvoirs adjudicateurs qui opère les services communs dans le cadre de la coopération horizontale a été créé par les autres ou est, d'une manière ou d'une autre, en situation d'être contrôlé par les autres.

En tout état de cause, la coopération pour rendre conjointement des services publics ne s'entend donc toujours qu'entre pouvoirs adjudicateurs mais n'est pas exclusive d'un certain élément de relation *in house*.

Cette clarification des exceptions aux obligations de publicité et de mise en concurrence posée par les directives européennes va ainsi soulever des problématiques et questionnements nouveaux. Ces questionnements pourraient notamment croiser ceux relatifs à la SEM « contrat » ou SEM à opération unique (SEMOP) entrée dans le Code général des collectivités territoriales par la loi n° 2014-742 du 1^{er} juillet 2014¹⁸, qui font l'objet de dispositions législatives en cours de discussion au Parlement et qui semblent

constituer une voie alternative aux exceptions issues de l'arrêt *Teckal*

3. Problématique du *in house* et aides d'État

17 - Au terme de l'observation conduite en première partie, les nouvelles directives vont avoir pour effet de sécuriser, encadrer et stabiliser l'existence d'une sphère de relations économiques « hors marché » entretenues par les autorités publiques et, plus généralement, les « pouvoirs adjudicateurs » ou entités adjudicatrices.

Mais cette stabilisation même devrait déplacer l'attention sur une autre question, celle de l'application du régime des interdictions des aides d'État à l'intérieur de cette sphère. Nous y consacrerons quelques observations préliminaires.

Le régime de l'interdiction des aides d'État a pour objet d'empêcher les États et autres organismes publics de fausser la concurrence qui doit exister entre opérateurs de marché au vu de leurs seuls mérites. Ce régime s'entend évidemment compte tenu des exceptions légales, exemptions de notification et encadrements qui sont contenus à l'article (TFUE, art. 107) et/ou développés par le droit communautaire dérivé. Notamment ici visés, le Règlement général d'exemption par catégories (RGEC), qui vient d'être révisé¹⁹, explicité par diverses communications et lignes directrices de la Commission, le régime des compensations pour service public issu de la jurisprudence *Altmark*²⁰ ou le régime des aides de *minimis*. Le tout est contrôlé, interprété et précisé régulièrement par la Cour de justice de l'Union européenne.

Le régime d'interdiction des aides d'État et celui des conditions de passation de marchés publics et d'attribution de concessions se sont développés sur des fondements juridiques distincts. Mais ces deux régimes mettent en présence des catégories d'entités qui se recouvrent largement, aussi bien s'agissant de celles que l'on peut qualifier de « donneurs d'ordre », d'autorités « organisatrices » ou de « dispensatrices » de financement public, que s'agissant de celles que l'on peut qualifier de « bénéficiaires », d'« attributaires » ou de « donataires ».

Ainsi, du côté des « donneurs d'ordre », on a

- dans le régime des marchés et des concessions, les « pouvoirs adjudicateurs » et « entités adjudicatrices », catégorie d'acheteurs définie par les directives « marchés » et « concessions » ;
- dans le régime des aides d'État, les entités de toute nature disposant de « ressources d'État » et susceptibles de leur donner affectation.

Sont compris dans ces deux ensembles l'État et les autorités territoriales, les établissements publics de toute nature et tout organisme doté de la personnalité morale, créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et financés majoritairement par l'État ou d'autres organismes de droit public, puisque qu'à la fois ils ont la qualité de pouvoirs adjudicateurs et disposent de ressources publiques. Sont également comprises dans ces deux ensembles les « entités adjudicatrices », entreprises soumises à des obligations spéciales en matière de passation de marchés et qui disposent de ressources

publiques, soit à raison de leur statut (EPIC par exemple) soit à raison de leurs missions (exécution de missions d'intérêt économique général).

Du côté des bénéficiaires, attributaires ou donataires, on trouve :

- dans le régime des marchés et des concessions, des opérateurs économiques qui ne peuvent en principe être choisis par des acheteurs ou donneurs d'ordre que dans le cadre de procédures spéciales de mise en concurrence, et peuvent bénéficier, le cas échéant, de l'exception du régime *in house* ;
- dans le régime des aides d'État, des opérateurs économiques de marché qui ne doivent en principe pas être aidés sur fonds publics au détriment de leurs concurrents directs sur le marché unique, mais peuvent bénéficier de dérogations ou d'exemptions à l'interdiction des aides publiques.

Ces deux ensembles se recouvrent presque parfaitement, en ce sens que l'on peut les rattacher tous deux à la catégorie des « entreprises » telles que définies par le droit communautaire²¹.

A. - Effet déterminant du régime *in house* sur les interdictions des aides d'État

18 - La délimitation d'une sphère de relations des opérateurs publics avec des opérateurs de marché échappant aux règles de la mise en concurrence ne peut rester sans effet sur l'application du régime des aides d'État aux opérateurs de cette sphère.

Constitue une aide d'État le versement d'une aide monétaire ou en nature

- sur ressources publiques ;
- à un opérateur économique ;
- à qui elle procure un avantage spécifique.

Les opérateurs économiques, de droit public ou privé, qui entrent licitement dans le champ d'une prestation intégrée (ou quasi-régie, ou *in house*) et les entités publiques qui deviennent les organes d'une coopération horizontale telle que définie en première partie, échappent au champ concurrentiel en ce qu'ils sont exemptés de l'obligation d'être choisis après une procédure de publicité et de mise en concurrence.

Ils devraient donc pouvoir recevoir les financements prélevés sur fonds publics destinés à leur permettre d'accomplir les missions qui leur sont confiées dans le cadre d'une « prestation intégrée » ou *in house* ou d'une coopération horizontale, sans que ces financements puissent être qualifiés d'aides d'État, puisque, même prélevés sur fonds publics, ils ne peuvent plus conférer un avantage concurrentiel spécifique à des entités qui ne sont plus, à proprement parler, en état de concurrence, tout au moins pour la partie de leur activité qui correspond à de telles prestations ou à une telle coopération.

B. - Subsistance malgré tout d'une problématique des aides d'État en relation avec la doctrine du *in house*

19 - Toutefois la question est rendue complexe par le fait que

- les entités en cause peuvent être ou non chargées d'une mission d'intérêt économique général ;
- les organismes *in house* peuvent, au titre d'une diversification accessoire (aujourd'hui contrainte par la limite de 80 % de leur activité *in house*), entretenir des relations de marché avec d'autres organismes publics ou privés ;
- le régime de la prestation intégrée ne crée pas au profit des entités contrôlées dans le sens énoncé aux articles 12 de la directive « secteurs classiques » et 17 de la directive « concessions » une exclusivité ou un monopole sur l'exercice de leurs activités *in house*, même vis-à-vis de leurs entités « contrôlantes ».

¹⁹ *Comm. UE*, IP/13/736, 24 juill. 2013.

²⁰ *CJCE* 24 juill. 2003, aff. C-280/00 *Altmark trans et Regierungspräsidium Magdeburg* *JurisData* n° 2003-400042 – Communication de la Commission Decision et de la Commission relative à l'application des règles de l'Union européenne en matière d'aides d'État aux compensations octroyées pour la prestation de services d'intérêt économique général Bruxelles *COM(2011) 9404 final*, 20 déc. 2011 – Decision de la Commission relative à l'application de l'article 106 paragraphe 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides d'État sous forme de compensation de service public octroyées à certaines entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général, *COM(2011) 9380 final*, 20 déc. 2011. Communication de la Commission Encadrement de l'Union européenne applicable aux aides d'État sous forme de compensation de service public *COM(2011) 9406 final*, 20 déc. 2011.

²¹ *CJCE* 23 avr. 1991, aff. C-41/90, *Klaus Høfner et Fritz Elser contre Macrotron GmbH* *JurisData* n° 1991-500013.

20 - Les effets du régime de la prestation intégrée doivent être articulés au régime des compensations de service public issu de la jurisprudence *Altmark*²². Dans ce régime, ne sont pas considérées comme aides d'État les financements reçus par les entreprises soumises à des obligations de service public lorsque quatre conditions sont remplies : l'entreprise bénéficiaire est chargée de l'exécution d'obligations de service public, clairement définies ; les paramètres sur la base desquels la compensation est calculée sont établis préalablement de façon objective et transparente ; la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont attachées ainsi que d'un bénéfice raisonnable ; le montant de cette compensation est fixé soit dans le cadre d'une procédure de marché public permettant la sélection du candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité ; soit il est fixé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée aurait encourus.

Ce régime est indépendant du régime *in house*. Qu'il soit placé dans ou hors d'une relation de prestation intégrée, un organisme répondant aux conditions posées par l'arrêt *Altmark* peut recevoir des compensations financières d'origine publique destinées à couvrir le coût de ses obligations de service public et qui ne seront pas qualifiées d'aides d'État.

Mais une conséquence de la consécration de la relation *in house* est que, même non chargée d'une telle mission, l'entité *in house* peut recevoir des financements ou des paiements qui lui permettent d'assumer les missions qui lui sont confiées par ses membres qui exercent sur lui un « contrôle analogue », sans que ces financements puissent en principe être qualifiés d'aides d'État. La relation *in house* crée donc, à côté de l'exception issue de la jurisprudence *Altmark*, une nouvelle exception au régime des aides d'État.

21 - Mais doit se poser dès lors la question de savoir si ces financements ou paiements ne doivent pas néanmoins être maintenus dans les mêmes limites que celles posées par les conditions de l'arrêt *Altmark*.

En effet, les prestations rendues par l'entité intégrée sont par elles-mêmes des activités économiques marchandes qui pourraient être rendues par des opérateurs économiques privés ou d'autres entités publiques. Si ces entités ne sont plus placées dans un état de concurrence actuelle, elles restent dans un état de concurrence potentielle, en ce que la partie de ces activités qui est opérée par ces entités dans le cadre *in house* constitue un « marché » dont les autres opérateurs sont privés²³. Si cette soustraction est rendue légale par le régime du *in house*, et si les entités publiques conservent la liberté d'organiser en régie ou en quasi-régie l'exécution de leurs missions de service public, il reste que cette soustraction n'est pas justifiée – ou n'est pas nécessairement justifiée – par une carence de l'initiative privée.

Il reste également que le régime du *in house* n'est qu'une exception légale à un principe essentiel du droit communautaire, et que l'étendue de cette exception doit rester strictement proportionnée à ce qui est nécessaire à l'accomplissement de son objet légitime.

On peut donc se demander si le droit communautaire (ou national) resterait sans réaction s'il devait apparaître, dans des cas extrêmes, que les coûts exposés par l'entité intégrée au titre de la prestation *in house* sont manifestement supérieurs à ceux exposés par des opérateurs de marché rendant des prestations analogues. Il se pourrait alors que les troisième et quatrième (dans sa deuxième branche) conditions de l'arrêt *Altmark*, citées plus haut, soient rendues applicables à l'exception au régime des aides d'État dont pourraient bénéficier les entités « intégrées ».

Cette question promet d'être chaudement débattue, en raison de l'analogie possible entre les prestations rendues en quasi-régie et

celles proprement rendues en régie. À ce jour, aucune règle contraignante du droit européen ne normalise les conditions économiques de coûts dans lesquelles les collectivités et organismes publics effectuent leurs missions. Une entaille dans cet état de choses pourrait néanmoins être la contrepartie du bénéfice de l'exception *in house* et de celle, corrélative, de l'exception faite au régime d'interdiction des aides d'État.

22 - Une entité « intégrée » selon le régime du *in house* peut opérer comme opérateur économique ordinaire en faveur de donneurs d'ordre qui n'exercent pas sur elle le « contrôle analogue ». Pour ces activités, l'entité intégrée reste soumise aux principes du respect de l'égalité concurrence. Il convient donc que les subventions et autres recettes structurelles ou de fonctionnement qu'elle reçoit de la part des organismes « contrôlants » ne génèrent pas, sous la forme de financements croisés, des subventions accordées à ces activités concurrentielles, fussent-elles de « diversification accessoire ». De telles subventions croisées pourraient alors être qualifiées d'aides d'État et être interdites en principe, sous réserve d'être couvertes par la condition *de minimis* ou d'autres exemptions.

De manière complémentaire, en droit national, l'exception *in house* devrait conduire à restreindre le champ d'application de la jurisprudence *JB Consultants*²⁴ qui fait obligation à un opérateur public ou appartenant à la sphère du contrôle public et qui opère sur un marché concurrentiel de couvrir ses coûts par ses recettes, afin de ne pas fausser la concurrence, mais cette dernière jurisprudence serait en revanche maintenue pour la partie des activités de l'entité contrôlée qui est effectuée sur le marché.

Pour s'assurer de l'absence de distorsion, il ne suffira pas que les financements reçus par cette entité de la part de ses membres « contrôlants » représentent plus de 80 % de ses ressources.

Il serait aussi nécessaire de veiller à ce que ces ressources ne servent pas, outre à couvrir le coût des prestations rendues aux membres *in house*, à subventionner également les prestations concurrentielles, permettant ainsi d'abaisser le prix de ces prestations marchandes et faussant la concurrence avec les opérateurs avec lesquelles l'entité contrôlée se trouve objectivement en concurrence.

Seule la tenue d'une comptabilité analytique rigoureuse permettra alors d'établir le coût réel exposé pour rendre les prestations « intégrées » d'une entité *in house* et de vérifier que les financements ou paiements reçus de ses membres « contrôlants », sous quelque forme que ce soit, n'excèdent pas ce coût.

En principe, les financements reçus des membres « contrôlants » dans le cadre de la relation *in house* ne devraient pas excéder les coûts exposés pour rendre les prestations intégrées, sous réserve d'exceptions justifiées qu'il reviendra à la jurisprudence de définir.

L'analyse comptable envisagée plus haut, risque à son tour de susciter des difficultés guère aisées à surmonter, en raison de leur caractère technique. En effet, les prestations intégrées et les prestations rendues dans le champ concurrentiel par l'entité intégrée seront assez souvent d'une consistance voisine, voire identique. Une grande partie des coûts exposés risquent de devoir l'être de toutes manières pour les prestations intégrées, à la manière de coûts fixes et obligatoires, en sorte que les activités de marché n'engendrent que des coûts incrémentaux. La question se posera donc de savoir si le risque de subvention croisée sera éliminé du seul fait que les recettes commerciales issues des activités de marché couvrent ces coûts incrémentaux, ou si l'on exigera la couverture de l'ensemble des coûts après répartition proportionnelle des coûts communs sur l'ensemble des unités d'œuvre.

La question de la prise en compte des seuls coûts incrémentaux pour caractériser un effet d'éviction ou de prédation sur un marché

22. V. *supra*, note 20.

23. Cette restriction affecte d'ailleurs aussi les entités *in house* entre elles.

24. CE, avis, 7^e et 5^e sous-sect., 8 nov. 2000, n° 222208, Sté Jean-Louis Bernard Consultants : *JurisData* n° 2000-061174.

concurrentiel fait déjà l'objet de débats complexes et non tranchés dans le domaine du contrôle des pratiques anticoncurrentielles. Gageons donc que cette problématique suscitera des débats passionnés dans le champ de la problématique *in house*.

23 - Il convient enfin de rappeler que le régime des prestations intégrées ne crée pas au bénéfice de l'entité qui rend ces prestations une exclusivité juridique sur les demandes de services formulées par ses membres contrôlant. Ceux-ci peuvent occasionnellement sélectionner à la suite d'une mise en concurrence des opérateurs tiers, y compris pour des prestations analogues à celles que leur rend d'ordinaire l'entité intégrée. Ils peuvent donc, occasionnellement, mettre l'entité « intégrée » en concurrence avec d'autres entités placées hors de leur contrôle. La question se pose alors de savoir si, au-delà d'une certaine fréquence de telles mises en concurrence, ou en cas de refus exprès d'une entité « contrôlante » de considérer que l'entité au contrôle de laquelle elle participe est avec elle dans une relation *in house*, on ne pourrait pas considérer les ressources fournies par ce membre contrôlant comme n'alimentant pas l'activité *in house* mais plutôt comme un finan-

cement externe qui pourrait être analysé au regard du régime des aides d'État.

L'attitude concrète des membres du cercle *in house* pourrait donc avoir une influence déterminante sur le périmètre des activités considérées comme relevant strictement du champ des activités *in house* de l'entité contrôlée. Outre que cette attitude pourrait affecter la possibilité même de la relation *in house* (par déplacement d'une partie de l'activité, présumée *in house*, dans le champ de l'activité de marché), cela pourrait également affecter les conditions dans lesquelles il devra être contrôlé que la section de ces activités relevant du « marché » ne bénéficie pas d'aides d'État interdites.

Il faut donc souhaiter que les avancées ici décrites, permises par les nouvelles directives soient réellement mises à profit par les opérateurs publics, avec le soutien de l'autorité réglementaire et des juridictions et, en même temps, qu'elles ne connaissent pas dans leur application des dérives qui en dénatureraient la portée.

Mots-Cles Droit de l'Union européenne Directives marchés publics et concessions - *In house*