

Le 3 décembre 2002

PRISE DE POSITION DE L'UNICE

SUR LES ACTIVITES INTERNES DES POUVOIRS PUBLICS

1. Introduction

Les grands principes des directives sur les marchés publics¹ (ci-après "les directives") sont d'ouvrir les marchés et de permettre aux pouvoirs adjudicateurs d'obtenir la meilleure rentabilité possible.

La plupart des pouvoirs adjudicateurs ont une capacité interne leur permettant de réaliser certains des services dont ils ont besoin dans leur organisation. Assurément, un pouvoir adjudicateur doit avoir le droit de décider ce qu'il fait par lui-même et ce qu'il confie à d'autres.

Mais les contrats internes – et les réalisations demandées sans qu'il y ait contrat (nous utiliserons ici les termes "commande" et "commander" pour qualifier ces modalités, qu'elles soient ou non couvertes par un contrat formel) – peuvent bien trop aisément entraîner une restriction de la concurrence, voire une obstruction. Ces problèmes sont néfastes pour le marché unique, et pour le rôle qu'y jouent les marchés publics lorsque ces capacités internes sont offertes à d'autres pouvoirs adjudicateurs.

L'UNICE, qui souscrit à l'ouverture de tous les marchés, regrette que cela ne se produise pas uniformément dans tous les États membres et est vivement préoccupée par l'abus des commandes internes. C'est pourquoi elle propose une série de politiques compatibles avec les règles des marchés publics; si elles sont suivies dans le droit applicable, ces politiques assureront la meilleure rentabilité des fonds investis tout en évitant le risque de dommage à l'intérêt public (les contribuables) et à l'industrie que comportent la non-ouverture des marchés publics et la concurrence déloyale.

La présente prise de position s'attache à deux domaines problématiques :

- le recours à des entités affiliées ("filiales") et
- les pouvoirs adjudicateurs agissant comme des opérateurs économiques².

¹ COD 9270/02 du 28 mai 2002

² "Opérateur économique" prend ici le même sens que celui donné dans les directives et inclut contractants, fournisseurs et prestataires de services.

2. Définition des commandes internes dans le secteur public – les critères "Teckal"

L'arrêt Teckal [CJCE C-107/98] offre la base d'une définition, compréhensible par tous, de l'entité juridiquement distincte qui peut néanmoins être considérée par son entité mère comme "interne". Cette définition suppose un test permettant de déterminer si les relations entre entités sont internes ou non. Selon l'arrêt, les éléments essentiels sont que l'entité mère

"exerce sur [l'entité] en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et [que cette entité] réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent."

L'UNICE apprécie cet arrêt, qui confirme la clarté et la limitation des conditions dans lesquelles une commande ne doit pas être couverte par les directives – même si cette commande est confiée à une entité juridiquement distincte contrôlée par le pouvoir adjudicateur.

De l'avis de l'UNICE, cependant, certaines conditions supplémentaires sont nécessaires pour éviter la distorsion potentielle, envers le marché public, que pourrait causer un abus des commandes internes. L'UNICE demeure consciente de la nécessité d'éviter d'imposer d'inutiles charges bureaucratiques aux pouvoirs adjudicateurs, et ses propositions sont conçues pour parvenir à un marché à l'ouverture satisfaisante tout en laissant les pouvoirs adjudicateurs libres de rechercher la meilleure rentabilité.

2.1. Le pouvoir adjudicateur est l'acquéreur

Trois conditions ressortent d'un examen des principes "Teckal". Pour une activité donnée, un pouvoir adjudicateur qui exerce cette activité

- au sein de sa propre organisation, **n'est pas** soumis aux directives;
- en la sous-traitant à une entité qu'il possède et gère et qui fournit l'essentiel de sa production à son entité mère (une "entité liée"), **n'est pas** soumis aux directives;
- en la sous-traitant à une autre entité, **est** couvert par les directives.

C'est là un domaine dont les frontières sont vite floues, où les pratiques, habitudes et cultures peuvent entrer en conflit avec les objectifs des directives. L'UNICE propose par conséquent deux conditions supplémentaires, sans qu'aucune soit lourde pour les pouvoirs adjudicateurs.

- Lorsqu'un pouvoir adjudicateur exerce une activité au travers d'une entité liée et que la commande (ou le niveau annuel de l'activité) excède le seuil fixé, ce pouvoir adjudicateur publie un avis – pas un appel d'offres – informant de l'activité en cause³.
- Lorsqu'il existe une source concurrentielle de l'activité, et nonobstant le fait que la "filiale" du pouvoir adjudicateur est une entité liée, la commande doit faire l'objet d'une adjudication dans les conditions fixées par les directives⁴.

³ L'UNICE suggère trois mois avant le lancement de l'activité.

⁴ Lorsqu'il existe une telle source concurrentielle, les travaux, fournitures et services à acquérir ne sont pas, dans la plupart des cas, directement liés au noyau de compétences ou à la fonction première du pouvoir adjudicateur, mais sont le plus souvent des biens ou services communs, représentant pour l'entité mère des

Il serait peut-être utile d'expliquer la réflexion qui sous-tend ces propositions. L'obligation d'informer (premier point) ne devrait pas poser de problème au pouvoir adjudicateur – elle s'applique uniquement aux activités dépassant le seuil – mais elle permet d'informer le marché et la Commission de l'échelle des activités.

L'annulation du statut d'entité liée en cas de source concurrentielle disponible (deuxième point) ne devrait pas non plus poser de problème au pouvoir adjudicateur. En quelque sorte, c'est la condition inverse de celle fixée par la directive "secteurs exclus", qui veut que les pouvoirs adjudicateurs – notamment les compagnies d'électricité vendant du gros électroménager et les compagnies de téléphone vendant des combinés téléphoniques – ne soient pas soumis à cette directive dans les domaines où ils sont en concurrence ouverte avec d'autres opérateurs économiques. La disposition présente deux avantages : elle garantit que les pouvoirs adjudicateurs demeurent informés d'autres sources pouvant répondre à leurs besoins, et elle empêche que le marché public soit inutilement fermé.

2.2. Le pouvoir public est opérateur économique

Une autre préoccupation est suscitée par le cas des "filiales" de pouvoirs adjudicateurs qui ne sont pas des entités liées et qui souhaitent faire offre pour obtenir des contrats avec d'autres pouvoirs adjudicateurs. Les entités liées ne peuvent naturellement pas faire de telles offres sans perdre leur statut d'entités liées. De l'avis de l'UNICE, ce type d'entité devrait, pour pouvoir se qualifier comme soumissionnaire auprès de pouvoirs adjudicateurs (y compris son entité mère), démontrer qu'elle est financièrement distincte de son entité mère et qu'elle ne bénéficie d'aucune subvention matérielle ni d'aucune franchise de la TVA ou d'autre taxe qui serait assimilable à une aide (ce qui aurait pour effet de perturber le bon fonctionnement des directives).

3. Proposition de l'UNICE

La présente prise de position examine trois structures organisationnelles pouvant être concernées :

- une division d'un pouvoir adjudicateur,
- une entité liée,
- une entité non liée.

Toutes les commandes confiées par le pouvoir adjudicateur à l'une de ces trois structures seraient soumises aux règles suivantes.

auxiliaires ou soutiens dans l'exercice de ses responsabilités. Si l'entité mère fait réaliser certaines activités "à l'extérieur", par une "filiale" sous son contrôle, il n'y a aucune raison objective de ne pas appliquer les règles d'ouverture des marchés publics aux biens ou services "communs" en dehors du noyau de compétences (la "spécialité") de l'entité mère.

3.1. Règles relatives aux entités liées

S'agissant des commandes confiées aux entités possédées par un pouvoir adjudicateur, l'UNICE suggère les règles suivantes.

Les dispositions des directives⁵ relatives aux commandes confiées par un pouvoir adjudicateur à une entité juridiquement distincte qu'il possède (une "entité liée") ne s'appliquent pas, si et seulement si :

- *l'entité liée ne jouit pas de pouvoirs décisionnels autonomes du fait que son entité mère exerce sur elle un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services;*
- *l'entité liée exerce 80 % ou plus⁶ de son activité avec son entité mère;*
- *et il n'existe pas de source concurrentielle disponible pour l'activité.*

Que l'entité liée soit elle-même, ou non, un pouvoir adjudicateur, elle se conforme aux directives lorsqu'elle doit satisfaire ses propres besoins.

3.2. Condition de participation d'un pouvoir adjudicateur aux appels d'offres au travers de sa structure organisationnelle

Pour participer à une procédure de passation d'un marché public, le pouvoir adjudicateur doit transmettre son offre via l'une des structures organisationnelles énumérées au début du point 3. Il devrait en outre répondre à la question suivante :

"la structure organisationnelle est-elle financièrement distincte, en toute transparence, de son entité mère ?"

- Si la réponse est OUI, la structure peut faire offre.
- Si la réponse est NON, elle ne le peut pas.

Dans ce deuxième cas, la structure ne peut être un soumissionnaire car une situation financière privilégiée peut exister.

Une comptabilité transparente⁷ et vérifiable sera essentielle, afin que l'on puisse constater une séparation réelle. L'existence de comptes d'exploitation publiés, préparés dans le respect des normes comptables internationales, serait sans doute nécessaire à cet effet. En outre, les résultats financiers doivent montrer que l'entité ou le service indépendant est viable; un mécanisme comptable transparent doit prendre en compte tous les coûts, comme pour une entité privée comparable.

⁵ Il va de soi qu'un pouvoir adjudicateur reste libre de faire appel à la concurrence pour un contrat s'il le souhaite, même si lui-même ou un organisme qu'il contrôle peut exécuter ce contrat. Cela pourrait être utile en cas de demande exceptionnellement élevée, ou pour vérifier l'efficacité de résultat du pouvoir adjudicateur.

⁶ Le même pourcentage que celui utilisé dans la directive "secteurs exclus".

⁷ Cf. directive sur la transparence (80/723)