

LES POUVOIRS ADJUDICATEURS ET LES ENTITÉS ADJUDICATRICES

De source européenne, les notions de « pouvoirs adjudicateurs » et d' « entité adjudicatrice » sont explicitées dans le droit national, tant celui des concessions que des marchés publics. La [directive 2014/24/UE](#) sur la passation des marchés publics¹ et la directive [2014/25/UE](#) relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux² régissent de manière uniforme l'ensemble des « pouvoirs adjudicateurs » et des « entités adjudicatrices ».

En droit interne, la notion de « pouvoir adjudicateur » et d' « entité adjudicatrice » désigne tous les acheteurs publics ou privés, soumis aux règles de l'[ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics](#)³. Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices sont soumis aux règles de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 pour la passation des contrats de concession⁴.

Les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices sont désormais soumis aux règles des deux ordonnances pour la passation de leurs marchés et contrats de concession.

Les pouvoirs adjudicateurs, dans les ordonnances du 23 juillet 2015 et du 29 janvier 2016, recouvrent trois catégories de personnes : les personnes morales de droit public, les personnes morales de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général et financées principalement sur fonds publics et les personnes morales de droit privé dotées de la personnalité juridique constituées par des pouvoirs adjudicateurs dans le but de réaliser certaines activités en commun.

Les entités adjudicatrices sont des pouvoirs adjudicateurs exerçant une des activités d'opérateur de réseaux, des entreprises publiques qui exercent une de ces mêmes activités lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs et des organismes de droit privé qui ne sont ni des pouvoirs adjudicateurs ni des entreprises publiques lorsqu'ils bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité.

Par ailleurs, il convient de signaler qu'il appartient au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de désigner, dans leur marché, les personnes physiques habilitées pour les représenter et agir utilement dans le cadre de l'exécution du contrat auprès de leur titulaire. A cet effet, une délégation de compétence et/ou de signature doit être prévue par l'acheteur.

1. Les pouvoirs adjudicateurs « personnes morales de droit public ».

À titre liminaire, il convient de noter que les marchés passés en France par les personnes morales de droit public et exécutés matériellement à l'étranger sont soumis à la loi française et donc à l'ordonnance relative aux marchés publics.

De même, les marchés passés par l'État sur un territoire membre de l'Union européenne sont soumis à la directive européenne au même titre que les marchés passés sur le territoire français. Le droit de l'Union européenne relatif aux marchés publics, et notamment la directive 2014/24/UE du 26 février 2014, s'applique sur l'ensemble du territoire des États membres de l'Union européenne, destinataires de la directive⁵.

¹ 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, article 2.

² Directive [2014/25/UE](#) du Parlement européen et du Conseil 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 abrogeant la directive 2004/17/CE, articles 3 et 4.

³ Articles 9 à 11 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

⁴ Articles 9 et 10 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession.

⁵ Article 94 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

En revanche, sauf décision des parties de s'y soumettre volontairement, l'ordonnance ne s'applique pas aux marchés passés et exécutés à l'étranger par des pouvoirs adjudicateurs français⁶. Néanmoins, les principes fondamentaux de la commande publique de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats, ainsi que les règles de transparence s'appliquent à ces marchés⁷.

Les personnes morales de droit public soumises à l'ordonnance sont l'État et ses établissements publics administratifs et industriels et commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

1.1. L'État et ses établissements publics.

Sont soumis aux dispositions de l'ordonnance les marchés de l'État⁸, qu'ils soient passés par les services centraux, les services à compétence nationale, les services déconcentrés ou des organismes qui, sans posséder la personnalité juridique⁹, disposent d'une certaine autonomie, comme par exemple les autorités administratives indépendantes.

Sont également concernés tous les marchés passés par les établissements publics de l'État, à savoir :

- Les établissements publics administratifs ;
- Les établissements publics industriels et commerciaux, personnes morales de droit public, sont désormais soumis à l'ordonnance et leurs marchés sont donc administratifs par détermination de la loi ;
- Les groupements d'intérêt public¹⁰ sont soumis à l'ordonnance : ce sont des personnes morales de droit public dotée de l'autonomie administrative et financière et créée par voie contractuelle soit entre plusieurs personnes morales de droit public, soit entre l'une ou plusieurs d'entre elles et une ou plusieurs personnes morales de droit privé. Ils exercent une activité d'intérêt général à but non lucratif ;
- Les établissements publics de santé, qui depuis l'intervention de la loi n°2009-879 du 21 juillet 2009 (modifiant [l'article L. 6141-1 du code de la santé publique](#)), sont considérés comme des établissements publics de l'État. Ces établissements restent toutefois soumis aux seuils applicables aux collectivités territoriales et aux établissements publics locaux (cf. [article 2 du décret n° 2010-1177 du 5 octobre 2010](#)) ;
- Les établissements assimilés, reconnus par la jurisprudence comme une variété d'établissement public administratif :
 - *établissements publics à caractère culturel* (EPCC) : les établissements publics de coopération culturelle, qui peuvent aussi être locaux ;
 - *établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel* (EPSCP) : Collège de France, Conservatoire national des arts et métiers, École nationale supérieure d'arts et métiers, écoles normales supérieures, École centrale de Lyon, École des hautes études en sciences sociales, Institut national des langues et civilisations orientales, Muséum national d'histoire naturelle, Observatoire de Paris, Palais de la Découverte, centres universitaires, École centrale des arts et manufactures, Institut de physique du globe de Paris, Institut national des sciences appliquées, instituts nationaux polytechniques, etc. ;
 - *établissements publics à caractère scientifique et culturel* (EPSC) : universités, instituts d'études politiques, Institut d'études politiques de Paris, École pratique des hautes études ;
 - *établissements publics d'enseignement supérieur* ;

⁶ [CE, 4 juillet 2008, Société Colas Djibouti](#), n° 316028 : construction d'une trésorerie et restructuration du consulat général de France à Djibouti.

⁷ [CE, 29 juin 2012, 7^{ème} et 2^{ème} sous-section réunies, Société Pro 2C](#), n° 357976.

⁸ Sur la notion d'État, voir [CJUE, 17 septembre 1998, Commission contre Royaume de Belgique](#), aff. C-323/96, cons. 27 à 29.

⁹ [CE, 30 décembre 2013](#), n° 358826, à propos du Conseil économique, social et environnemental.

¹⁰ Pour plus d'informations, voir le chapitre II de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit ainsi que le décret n° 2012-91 du 26 janvier 2012 relatif aux groupements d'intérêt public.

- *établissements publics à caractère scientifique et technologique* (EPST) pour les achats qui ne sont pas directement liés à leurs activités de recherche : Centre national de la recherche scientifique, l'Institut national d'études démographiques, Institut national de la recherche agronomique, Centre national du machinisme agricole, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération, Institut national de recherche en informatique et automatique, Institut national de recherche sur les transports et leur sécurité, etc. ;
 - *établissements consulaires* : chambres de commerce et d'industrie, chambres d'agriculture¹¹.
- De la même manière, tous les établissements publics à caractère administratif ayant dans leur statut une mission de recherche, parmi lesquels les établissements publics à caractère scientifique, culturel et professionnel, les établissements publics de coopération scientifique et les établissements à caractère scientifique et technologique, appliquent les règles de l'ordonnance ;
 - La satisfaction des besoins (notamment le recours à un expert) des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) institués dans les services de l'État ou les établissements publics de l'État s'opère dans le cadre des règles de l'ordonnance.

1.2. Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

Les ordonnances relatives aux marchés publics et aux contrats de concession s'appliquent aux marchés et contrats de concession des collectivités territoriales métropolitaines, qu'elles relèvent du droit commun (communes, départements, régions) ou qu'elles soient dotées d'un statut spécifique (communes de Paris, Lyon, Marseille, communes d'Alsace-Moselle).

Il convient de relever qu'une commune ayant fusionné avec une autre commune disparaît et ne conserve en principe aucune existence administrative. Dès lors, elle perd la personnalité juridique et n'a pas plus la qualité de pouvoir adjudicateur¹².

Tous les établissements publics des collectivités territoriales sont soumis aux deux ordonnances, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel et commercial. Les ordonnances s'appliquent aussi bien à ceux d'entre eux qui ont le statut d'établissement public territorial (structures de coopération intercommunale) qu'à ceux à caractère purement fonctionnel (centres communaux d'action sociale). Il a en outre été jugé que les associations syndicales autorisées doivent être considérées comme des établissements publics rattachés aux collectivités territoriales¹³.

Les établissements publics sont soumis aux règles applicables à leur collectivité de rattachement. Dès lors qu'un article de l'ordonnance vise les collectivités territoriales, il s'applique également à leurs établissements publics.

Enfin, les établissements publics locaux d'enseignement (collèges, lycées d'enseignement général, technologique et professionnel et les établissements d'éducation spéciale) sont soumis aux règles de l'ordonnance applicables aux personnes morales de droit public.

1.3. L'outre-mer.

L'ordonnance relative aux marchés publics s'applique aux régions et départements d'outre-mer (Guadeloupe, Martinique, Guyane, La Réunion), et avec quelques adaptations au département de Mayotte, aux collectivités d'outre-mer de Saint-Martin, de Saint-Barthélemy et de Saint-Pierre-et-Miquelon.

¹¹ [CE, 13 janvier 1995, Chambre de commerce et d'industrie de la Vienne](#), n° 68117 ; [CE, 9 décembre 1987, Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres](#), n° 70836.

¹² [CE, Avis, 4 novembre 2013](#), n° 369356 et 369389 ; [CE, 11 mai 2011, Société Lyonnaise des eaux France](#), n° 337927.

¹³ [CE, 13 septembre 1995, Favier](#), n° 125018.

De même, elle s'applique aux services de l'État et ses établissements publics de Polynésie française, de Wallis-et-Futuna, de Nouvelle-Calédonie et des Terres australes et antarctiques françaises.

En revanche, elle ne régit pas les marchés des collectivités d'outre-mer de Polynésie française, de Wallis-et-Futuna et de Nouvelle-Calédonie, ces dernières étant soumises au régime de spécialité législative et d'autonomie en vertu de l'article 74 de la Constitution. Dans ces collectivités disposant de leur réglementation propre, il appartient en effet aux assemblées délibérantes de déterminer les règles applicables en la matière.

2. Les pouvoirs adjudicateurs « personnes morales de droit privé poursuivant une mission d'intérêt général ».

Pour qualifier une entité de pouvoir adjudicateur, la directive 2014/24/UE ne tient pas compte de la nature de la personne morale au sens du droit interne. En effet, le statut de la personne morale (publique ou privée) est indifférent pour la qualification d'organisme de droit public et donc de pouvoir adjudicateur au sens de la directive¹⁴. Ainsi, conformément aux dispositions du 2° de l'article 10 de l'ordonnance du 23 juillet 2015, sont des pouvoirs adjudicateurs les « personnes morales de droit privé » qui ont été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et dont :

- a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur ;
- b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur ;
- c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur »¹⁵.

Seule une analyse au cas par cas permet de déterminer si ces acheteurs privés satisfont ou non aux critères énoncés. Le caractère cumulatif de trois critères fixé par les dispositions de la directive 2014/24/UE, repris dans l'ordonnance, est affirmé par la CJUE¹⁶.

2.1. Personnalité juridique.

Ce critère ne fait pas difficulté¹⁷. Dès lors que l'entité dispose de la personnalité juridique et qu'elle est dotée d'une capacité juridique, elle peut en principe conclure des contrats. Disposent ainsi de la personnalité juridique les sociétés, associations, groupements d'intérêt économiques, etc.

2.2. Objet social.

Le critère selon lequel la personne morale doit avoir été « créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial » doit être interprété à la lumière de la jurisprudence de la CJUE qui en a retenu une acception large au regard du double objectif d'ouverture à la concurrence et de transparence.

Pour apprécier si des activités poursuivent un but d'intérêt général dépourvu de caractère industriel ou commercial, la CJUE fonde son analyse sur un faisceau d'indices liés aux circonstances ayant présidé à la création de la personne morale et aux conditions dans lesquelles elle exerce son activité¹⁸.

¹⁴ CJUE, 15 mai 2003, *Commission contre royaume d'Espagne*, aff. C-214/00, cons. 55 à 57 et CJUE, 13 janvier 2005, *Commission contre royaume d'Espagne*, aff. C-84/03, cons. 27 et 28.

¹⁵ 2° de l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

¹⁶ CJUE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a*, aff. C-44/96, cons. 21 et 39. Voir également CJUE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, aff. C-360/96, cons. 29 et CJUE, 10 mai 2001, *Agorà SRL*, aff. C-223/99 et C-260/99, cons. 26.

¹⁷ La Cour de justice opère une lecture européenne de la notion de personnalité juridique : TPI, 4 juin 2013, *Elitaliana SpA contre Eulex Kosovo*, aff. T-213/12, cons. 26 et 37.

¹⁸ CJUE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume d'Espagne*, aff. C-283/00, cons. 81.

2.2.1. S'agissant du terme « créé ».

La CJUE a précisé¹⁹ que « l'effet utile de la directive ne serait pas pleinement préservé si l'application du régime de la directive pouvait être exclue du seul fait que les tâches d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial que celle-ci accomplit en pratique ne lui ont pas été confiées dès sa création » (considérant 57) et qu'« une entité qui n'a pas été créée pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, mais qui a par la suite pris en charge de tels besoins, dont elle assure depuis effectivement la satisfaction, remplit la condition pour pouvoir être qualifiée d'organisme de droit public, à condition que la prise en charge de la satisfaction de ces besoins puisse être constatée objectivement » (considérant 63).

Par conséquent, c'est l'activité effectivement exercée par la personne morale de droit privé qu'il convient de prendre en compte pour le qualifier ou non d'acheteur.

2.2.2. S'agissant du terme « spécifiquement ».

La condition selon laquelle la personne morale doit avoir été créée pour satisfaire « spécifiquement » des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, n'implique pas qu'elle soit « uniquement » ou « majoritairement » chargée de satisfaire de tels besoins. Le fait que la satisfaction des besoins d'intérêt général ne constitue qu'une partie relativement peu importante des activités réellement entreprises par la personne morale est sans pertinence dès lors que cette dernière continue à se charger des besoins qu'elle est spécifiquement obligé de satisfaire²⁰.

2.2.3. S'agissant des termes « besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ».

- La première question consiste à s'interroger sur le caractère d'intérêt général du besoin satisfait.

La notion de « besoin d'intérêt général » est une notion autonome interprétée par la CJUE afin d'en assurer une application uniforme dans l'ensemble des États membres de l'Union européenne. Ainsi, la Cour examine chaque cas afin de le qualifier ou non de besoin d'intérêt général. La législation nationale ne peut discrétionnairement décider que tel ou tel besoin est ou n'est pas d'intérêt général. À cet égard, la Cour juge qu'une activité répond à un besoin d'intérêt général lorsqu'elle profite à la collectivité et qu'une personne publique pourrait, à ce titre, la prendre en charge.

Exemples :

- La production de documents administratifs dont certains sont soumis au secret ou au respect de normes de sécurité est étroitement liée à l'ordre public et au fonctionnement institutionnel de l'État exigeant une garantie d'approvisionnement et le respect de normes de confidentialité et de sécurité²¹.
- La Cour a reconnu que « les activités visant à l'organisation de foires, d'expositions et d'autres initiatives semblables satisfont à des besoins d'intérêt général. L'organisateur de telles manifestations n'agit pas seulement dans l'intérêt particulier de ces derniers mais il procure également aux consommateurs qui fréquentent ces manifestations une information permettant à ceux-ci d'effectuer leurs choix dans des conditions optimales. L'impulsion pour les échanges qui en résulte peut être considérée comme relevant de l'intérêt général »²².
- Des activités mortuaires et de pompes funèbres sont considérées comme des activités répondant effectivement à un besoin d'intérêt général. De telles activités sont liées à l'ordre public dans la mesure où l'État a un intérêt manifeste à exercer un contrôle étroit sur l'établissement de certificats tels que les certificats de naissance ou de décès.

¹⁹ CJUE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG*, aff. C-470/99.

²⁰ CJUE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, aff. C-44/96, cons. 25 et 26. Sur la conséquence de la présence d'entreprises ayant des activités commerciales au sein du même groupe que l'organisme de droit public : CJUE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV*, aff. C-360/96, cons. 56 et 57.

²¹ CJUE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, aff. C-44/96, cons. 22 à 24.

²² CJUE, 10 mai 2001, *Agorà Srl*, aff. C-223/99 et C-260/99 (aff. jointes), cons. 33 et 34.

S'ajoutent à cela des motifs évidents d'hygiène et de santé publique. La Cour précise en outre que « *la circonstance qu'une collectivité territoriale a l'obligation légale de prendre en charge les funérailles et, le cas échéant, d'en assumer les frais, (...) constitue un indice de l'existence d'un tel besoin d'intérêt général* »²³.

- Une activité qui consiste à acquérir des services de planification et de construction dans le cadre d'un projet immobilier portant sur la construction de plusieurs immeubles de bureaux et d'un immeuble de stationnement couvert, faisant suite à une décision de la ville de créer sur son territoire un pôle de développement technologique, est susceptible de répondre effectivement à un besoin d'intérêt général. En effet, la Cour a reconnu dans cette affaire que la défenderesse n'agissait pas seulement dans l'intérêt particulier des entreprises directement concernées par ledit projet, mais également dans celui de la ville qui souhaite se développer du point de vue économique et social. En outre, la Cour a précisé que l'intérêt général ne se mesure pas au nombre des utilisateurs directs d'une activité ou d'un service²⁴.
- L'activité qui consiste à assumer l'exécution des programmes et actions prévus dans le plan d'amortissement et de création de centres pénitentiaires, aux fins de la mise en œuvre de la politique pénitentiaire de l'État espagnol, constitue une condition nécessaire à l'exercice du pouvoir répressif de l'État et est intrinsèquement liée à l'ordre public. Il s'agit donc d'une activité d'intérêt général²⁵.

- La deuxième question vise à déterminer si le besoin d'intérêt général a un *caractère autre qu'industriel ou commercial*.

La Cour a précisé que « *les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial sont en règle générale satisfaits d'une manière autre que par l'offre de biens ou de services sur le marché. Il s'agit en général de besoins que, pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante* »²⁶.

Cette définition européenne est fondée sur la possibilité pour un État de décider de conserver une influence déterminante sur une activité jugée nécessaire dans la mesure où cette activité pourrait ne pas être entièrement satisfaite par les offres d'opérateurs entièrement privés.

Il ressort dès lors de la jurisprudence que l'absence de concurrence ne doit pas être considérée comme une condition *sine qua non* à la reconnaissance d'une personne morale de droit public puisque la notion de besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial n'exclut pas des besoins qui sont également satisfaits ou pourraient l'être par des entreprises privées²⁷. Cependant, l'existence d'une concurrence développée peut être un indice au soutien du fait qu'il ne s'agit pas d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial.

La Cour a également souligné que d'autres facteurs devaient être pris en compte pour déterminer le caractère autre qu'industriel ou commercial du besoin, notamment les conditions dans lesquelles la personne morale exerce ses activités. En effet, si la personne morale opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est peu probable que les besoins qu'elle vise à satisfaire soient d'une nature autre qu'industrielle ou commerciale. Ainsi, pour reconnaître que l'intérêt général est autre qu'industriel ou commercial, il n'est pas exclu que les activités donnent lieu à la réalisation de bénéfices. Il importe en revanche que la recherche de tels bénéfices ne constitue pas l'objet principal de la personne morale²⁸.

En outre, le fait que le pouvoir adjudicateur auquel l'organisme est lié opère une recapitalisation de la personne morale dans le cas où celle-ci est déclarée en faillite ou réalise des pertes financières, est un indice du caractère autre qu'industriel ou commercial du besoin satisfait. La personne morale de droit privé ne se comporte pas comme un simple opérateur privé puisqu'il n'assume pas l'intégralité des risques liés à son activité et qu'il se laisse guider par des considérations autres que purement économiques.

²³ CJUE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, aff. C-373/00, cons. 51 à 53 et 66.

²⁴ CJUE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01, cons. 41 à 45, 61 et 62.

²⁵ CJUE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume d'Espagne*, aff. C-283/00, cons. 84 à 86.

²⁶ CJUE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, aff. C-360/96, cons. 50 et 51.

²⁷ CJUE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, aff. C-393/06.

²⁸ CJUE, 22 mai 2003, *Riitta Korhonen Oy*, aff. C-18/01, cons. 54.

Exemple d'intérêt général ayant un caractère commercial :

L'organisation de foires et d'expositions est une activité économique qui consiste à fournir des services aux exposants contre versement d'une contrepartie. Par son activité, l'entité satisfait des besoins de nature commerciale. Par conséquent, les activités visant à l'organisation de foires, d'expositions satisfont un besoin d'intérêt général ayant un caractère commercial. L'entité n'est dès lors pas qualifiée d'organisme de droit public²⁹.

2.3. Lien avec un pouvoir adjudicateur.

Ce critère vise à constater l'existence d'une dépendance étroite de la personne morale de droit privé à l'égard d'un organisme soumis aux dispositions du droit de l'Union européenne en matière de marchés publics³⁰.

Ce troisième critère est satisfait dès lors que l'une des conditions suivantes est remplie :

- soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres personnes morales de droit public ;
- soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers ;
- soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.

La Cour a eu l'occasion d'appliquer ce critère à un ordre professionnel, en estimant qu'« *un ordre professionnel de droit public, ne remplit ni le critère relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics lorsque cet organisme est financé majoritairement par les cotisations payées par ses membres, dont la loi l'habilite à fixer et à percevoir le montant, dans le cas où cette loi ne détermine pas l'étendue et les modalités des actions que ledit organisme entreprend dans le cadre de l'accomplissement de ses missions légales, que ces cotisations sont destinées à financer, ni le critère relatif au contrôle de la gestion par les pouvoirs publics du seul fait que la décision par laquelle le même organisme fixe le montant desdites cotisations doit être approuvée par une autorité de tutelle* »³¹.

2.3.1. Financement majoritaire par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres personnes morales de droit public.

S'agissant de la notion de financement public, seuls les financements versés sans contrepartie spécifique aux activités de la personne morale de droit privé concernée peuvent être qualifiés de « financement public ». La Cour de justice a confirmé que « *la notion de financement vise un transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée* »³². Ne constituent donc pas un financement public, au sens de la définition de l'organisme de droit public, les versements effectués en contrepartie de prestations de services. Sont notamment qualifiées de financement public par la Cour les subventions³³.

Sur le caractère « majoritaire » du financement public, la Cour précise que « *le terme « majoritairement » doit être interprété comme signifiant « plus de la moitié ». [Pour un tel calcul], il y a lieu de tenir compte de l'ensemble des revenus dont l'organisme bénéficie, y compris ceux qui résultent d'une activité commerciale. (...) L'exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation d'un marché déterminé est lancée doit être considéré comme la période la plus appropriée pour le calcul du mode de financement de cet organisme, étant entendu que ce calcul doit être effectué sur la base des chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire, fussent-ils de nature prévisionnelle* »³⁴.

²⁹ CJUE, 10 mai 2001, *Agorà Srl et Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. contre Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano et Cifrat Soc. coop. arl.*, aff. C-223/99 et C-260/99, points 33 et 34.

³⁰ CJUE, 3 octobre 2000, *The Queen contre H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge*, aff. C-380/98, cons. 20.

³¹ CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, aff. C-526/11, cons. 31,

³² CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, aff. C-526/11, cons. 22.

³³ Ibid. cons. 21 et 26.

³⁴ CJUE, 3 octobre 2000, *The Queen contre H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge*, aff. C-380/98, cons. 33, 36 et 44.

La Cour a jugé par exemple qu'il y a financement majoritaire par l'État lorsque les activités d'organismes de radiodiffusion publics sont financées majoritairement par une redevance mise à la charge des détenteurs d'un poste récepteur, qui est imposée, calculée et perçue suivant des règles exorbitantes du droit commun et sans contre-prestation spécifique³⁵.

2.3.2. Gestion soumise à un contrôle par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres personnes morales de droit public.

Le contrôle requis se caractérise par la capacité d'influencer les décisions de la personne morale de droit privé concernée. Ce doit être un contrôle actif. C'est pourquoi, l'hypothèse d'un simple contrôle a posteriori ne suffit pas à considérer que le critère du contrôle de gestion est satisfait³⁶.

La Cour a cependant nuancé sa position puisqu'elle précise, dans un arrêt relatif aux SAHLM, que dès lors que les règles de gestion sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics³⁷. Mais si la personne morale de droit privé jouit d'une autonomie organisationnelle et budgétaire et que le contrôle ne s'effectue qu'a posteriori, le juge considère qu'il y a absence de tutelle ou de contrôle sur cette personne³⁸.

Par conséquent, le contrôle de gestion peut éventuellement être a priori dès lors qu'il ne se résume pas à un simple contrôle de la régularité. En l'affaire, l'effectivité du contrôle de gestion était révélée par la possibilité pour le ministre de prononcer la dissolution de la SAHLM, de nommer un liquidateur, de suspendre les organes dirigeants et de nommer un administrateur provisoire, autant d'indices qui, selon la Cour, impliquent un contrôle permanent de la personne morale.

2.3.3. Organe d'administration, de direction ou de surveillance composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres personnes morales de droit public.

Ce dernier critère ne pose pas a priori de difficultés d'interprétation. La Cour a été amenée à le rechercher : « Quant à la troisième condition, il y a lieu de constater que le directeur général de l'ÖS est nommé par un organe composé en majorité des membres nommés par la Chancellerie fédérale ou différents ministères. De plus, elle est soumise au contrôle de la Cour des comptes et un office de contrôle étatique est chargé de veiller aux imprimés soumis à un régime de sécurité. Enfin, selon les déclarations faites à l'audience par la SRG, la majorité des actions de l'ÖS restent dans les mains de l'État autrichien »³⁹.

3. Les pouvoirs adjudicateurs « organismes de droit privé constitués par des pouvoirs adjudicateurs ».

L'ordonnance s'applique aux organismes de droit privé qui ont été constitués par des pouvoirs adjudicateurs dans l'objectif de réaliser certaines activités en commun⁴⁰. On peut notamment y rassembler les groupements et associations formés par un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou un ou plusieurs organismes de droit public.

À titre d'illustration, les sociétés publiques locales (SPL) peuvent être qualifiées de pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance du 23 juillet 2015. En application de l'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales, ces dernières et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des SPL dont ils détiennent la totalité du capital. Ces SPL doivent prendre la forme d'une société anonyme et sont « compétentes pour réaliser des opérations d'aménagement au sens de l'article L. 300-1 du code de l'urbanisme, des opérations de construction ou pour exploiter des services publics à caractère industriel ou commercial ou toutes autres activités d'intérêt général ». Les SPL sont donc des personnes morales de droit privé, dont le capital est exclusivement détenu par des acheteurs

³⁵ CJUE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk*, aff. C-337/06.

³⁶ CJUE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, aff. C-373/00, cons. 70 à 73.

³⁷ CJUE, 1^{er} février 2001, *Commission contre République française*, aff. C-237/99, cons. 52.

³⁸ CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, aff. C-526/11, cons. 30.

³⁹ CJUE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. / Strohal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, cons. 28.

⁴⁰ 3^e de l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

au sens de l'ordonnance précitée, ce qui se traduira par un contrôle de ces acheteurs sur cette structure et la désignation, par eux, des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance. En conséquence, lorsqu'elles sont créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, les SPL sont soumises aux règles fixées par l'ordonnance précitée⁴¹.

4. Les autres personnes privées.

En principe, les personnes privées ne relèvent pas du champ d'application des deux ordonnances. Néanmoins, dans certaines hypothèses, il en va autrement :

- lorsqu'une personne privée agit comme mandataire d'une personne publique soumise à l'une des ordonnances, elle doit, pour les marchés passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions des ordonnances. Les conventions de mandat sont elles-mêmes soumises aux ordonnances⁴² ;
- les personnes morales de droit privé qui participent à un groupement de commandes avec des personnes publiques soumises aux ordonnances doivent, pour leurs achats effectués dans le cadre du groupement, appliquer les règles prévues par les ordonnances⁴³ ;
- les organismes de sécurité sociale appliquent les dispositions des ordonnances, en vertu de l'article L. 124-4 du code de la sécurité sociale et de l'arrêté du 16 juin 2008 portant réglementation sur les marchés des organismes de sécurité sociale ;
- enfin, lorsqu'une association se révèle transparente, compte tenu de son mode de contrôle et de ses ressources⁴⁴, elle doit appliquer les règles des marchés applicables à la personne publique dont elle relève⁴⁵.

5. Les entités adjudicatrices.

La qualification d'entité adjudicatrice suppose de remplir un critère organique et un critère matériel. Ainsi, les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs ou les entreprises publiques ou les organismes de droit privé qui exercent une activité d'opérateur de réseaux dans les secteurs de l'énergie (gaz, chaleur, électricité, etc.), de l'eau, des transports et des services postaux (article 11 de l'ordonnance).

La liste non exhaustive des entités adjudicatrices annexée à l'ancienne directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 n'a pas été reprise dans la nouvelle 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. Il convient donc d'effectuer une analyse au cas par cas pour leur qualification au regard des critères posés par la directive 2014/25/UE et l'ordonnance du 23 juillet 2015.

5.1. Le critère organique : les personnes soumises aux dispositions de la directive 2014/25/UE.

5.1.1. Les entités adjudicatrices « pouvoir adjudicateur ».

Sont des entités adjudicatrices les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérées à l'article 12 de l'ordonnance.

⁴¹ En ce sens, voir [Conseil d'État, Guide des outils d'action économique, Famille « entreprises et participations publiques », 16. Sociétés locales à statut spécifique, p. 8.](#)

⁴² Voy. [CE, 28 juillet 1995, Préfet d'Ile-de-France contre société de gérance Jeanne d'Arc](#), n° 143438.

⁴³ Voir en ce sens la fiche technique consacrée à la « *coordination des achats* » sur le site Internet de la DAJ (à paraître) ; voir également le I de l'article 28 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

⁴⁴ La jurisprudence considère que « *lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente* » : [CE, 21 mars 2007, Commune de Boulogne-Billancourt](#), n° 281796 ; [Crim. 7 novembre 2012](#), n° 11-82961.

⁴⁵ Dans cette hypothèse, il convient de prendre garde au risque d'une éventuelle gestion de fait, soumise à l'appréciation du juge des comptes.

Les pouvoirs adjudicateurs sont définis aux points 1, 2 et 3 de la présente fiche.

5.1.2. Les entités adjudicatrices « entreprises publiques ».

Le 2° de l'article 11 de l'ordonnance précise que les entreprises publiques peuvent être qualifiées d'entités adjudicatrices dès lors qu'elles exercent une des activités d'opérateur de réseaux.

Les entreprises publiques sont les organismes dotés de la personnalité juridique qui exercent des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété de ces entreprises, de la participation financière qu'ils y détiennent ou des règles qui la régissent.

L'ordonnance précise qu'il y a présomption d'influence dominante à l'égard d'une entreprise, lorsque le ou les pouvoirs adjudicateurs, directement ou indirectement, remplissent une des conditions suivantes :

- ils détiennent la majorité du capital souscrit par l'entreprise ;
- ils disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ;
- ils peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise.

5.1.3. Les entités adjudicatrices « organismes de droit privé ».

Peuvent être qualifiés d'entités adjudicatrices les organismes de droit privé qui, n'étant ni des pouvoirs adjudicateurs, ni des entreprises publiques, exercent une activité d'opérateur de réseaux sur la base de droits spéciaux ou exclusifs pris en vertu d'une disposition légale.

Les droits spéciaux ou exclusifs sont des droits accordés par une autorité compétente, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité d'opérateur de réseaux. Les droits octroyés au moyen d'une procédure de publicité appropriée et selon des critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires ne constituent pas des droits exclusifs ou spéciaux.

5.2. Le critère matériel : les activités d'opérateurs de réseaux.

Les activités d'opérateurs de réseaux sont définies aux articles 8 à 14 de la directive 2014/25/UE et reprises à l'article 12 de l'ordonnance du 23 juillet 2015. La directive secteurs spéciaux a pour objet de fixer des règles communes de passation des marchés dans des secteurs où la libre concurrence n'est pas acquise du fait soit, de l'influence des autorités nationales sur les opérateurs notamment par des participations dans leur capital, soit, de l'octroi par les États membres de droits spéciaux ou exclusifs pour l'approvisionnement, la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fournissant le service concerné.

5.2.1. L'énergie.

Les activités concernées sont celles liées au gaz, à la chaleur et à l'électricité⁴⁶.

Dès lors qu'un pouvoir adjudicateur met à disposition, exploite ou alimente lui-même un des réseaux susmentionnés afin de fournir ce service au public, il doit respecter les règles de l'ordonnance applicables aux entités adjudicatrices.

5.2.2. L'eau

Sont soumises aux règles de l'ordonnance applicables aux entités adjudicatrices, les entités adjudicatrices qui mettent à la disposition, exploitent ou alimentent des réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable⁴⁷.

⁴⁶ Articles 8 et 9 de la directive 2014/25/UE ; 1° et 2° du I de l'article 12 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

⁴⁷ Article 10 de la directive 2014/25/UE ; 3° du I de l'article 12 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

De même, sont soumises les entités adjudicatrices exerçant l'une des trois activités susmentionnées (mise à disposition, exploitation ou alimentation des réseaux) lorsqu'elles passent des marchés liés à l'évacuation ou au traitement des eaux usées.

Enfin, sont soumises les entités adjudicatrices exerçant l'une des trois activités susmentionnées (mise à disposition, exploitation ou alimentation des réseaux) lorsqu'elles passent des marchés liés à des projets de génie hydraulique, à l'irrigation ou au drainage pour autant que 20 % du volume total d'eau fournis par ces projets sont consacrés à l'approvisionnement en eau potable du réseau qu'elles gèrent.

5.2.3. L'exploitation d'une aire géographique.

Sont soumises aux règles de passation de l'ordonnance applicables aux entités adjudicatrices, les entités adjudicatrices qui exercent des activités relatives à l'exploitation d'une aire géographique dans le but de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides. Toutefois, ces entités adjudicatrices ne sont pas soumises à ces règles lorsqu'elles achètent de l'énergie ou des combustibles destinés à leur production d'énergie⁴⁸.

5.2.4. Les aéroports, ports maritimes ou fluviaux et autres terminaux de transport.

Les achats des entités adjudicatrices dont le but est d'organiser ou de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport sont soumis aux règles de l'ordonnance⁴⁹.

5.2.5. Les transports.

Les entités adjudicatrices exploitant des réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, tramway, trolleybus (tramway sur pneus), autobus ou câble (remontées mécaniques) ou autre système automatique sont concernées par les règles de l'ordonnance applicables à elles⁵⁰.

Cette notion de service de transport est considérée, au 2^{ème} alinéa du 6^o du I de l'article 12 de l'ordonnance, comme relevant d'une activité de réseau « lorsqu'une autorité nationale ou territoriale compétente définit les conditions générales d'organisation du service notamment en ce qui concerne les itinéraires à suivre, la capacité de transport disponible ou la fréquence du service ».

5.2.6. Les services postaux.

Les activités visant à lever, trier, acheminer et distribuer des envois postaux dans le cadre de tournées régulières ou bien lorsqu'elles sont fournies par des entités adjudicatrices avec comme autres services ceux de gestion de services courriers ou d'envois non postaux tels que le publipostage sans adresse, sont soumises règles de l'ordonnance applicables aux entités adjudicatrices⁵¹.

⁴⁸ Article 14 de la directive 2014/25/UE ; 4^o du I de l'article 12 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

⁴⁹ Article 12 de la directive 2014/25/UE ; 5^o du I de l'article 12 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

⁵⁰ Article 11 de la directive 2014/25/UE ; 6^o du I de l'article 12 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.

⁵¹ Article 13 de la directive 2014/25/UE ; 7^o du I de l'article 12 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015.