

FICHE

Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices

De source européenne, les notions de « pouvoir adjudicateur » et d'« entité adjudicatrice » sont reprises dans le droit national, tant celui des concessions que des marchés publics. La [directive 2014/24/UE](#) sur la passation des marchés publics¹, 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 et la directive [2009/81/CE](#) relative à la coordination des procédures de passation de certains marchés de travaux, de fournitures et de services par des pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices dans les domaines de la défense et de la sécurité définissent de manière uniforme l'ensemble des « pouvoirs adjudicateurs » et des « entités adjudicatrices ».

En droit interne, le livre II de la première partie législative du code de la commande publique définit les acteurs de la commande publique³ : les acheteurs et les autorités concédantes soumis à ce code sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

Les pouvoirs adjudicateurs, conformément à l'[article L.1211-1](#) du code de la commande publique, recouvrent trois catégories de personnes :

- toutes les personnes morales de droit public ;
- les personnes morales de droit privé qui répondent à certaines conditions ;
- et les personnes morales de droit privé constituées par des pouvoirs adjudicateurs dans le but de réaliser certaines activités en commun.

Les entités adjudicatrices, conformément à l'[article L.1212-1](#) du même code, sont :

- les pouvoirs adjudicateurs exerçant une des activités d'opérateur de réseaux ;
- les entreprises publiques qui exercent une de ces mêmes activités d'opérateur de réseau lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ;
- et les 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 les marchés publics et contrats de concession qu'ils passent, les personnes physiques habilitées pour les représenter et agir utilement dans le cadre de l'exécution du contrat auprès de leur titulaire. À cet effet, une délégation de compétence et/ou de signature doit être prévue par l'acheteur.

¹ Art. 2 de la [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](#).

² Art. 3 et 4 de la [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](#).

³ [Article L.1210-1](#) du code de la commande publique : à ces acteurs, il convient d'ajouter les opérateurs économiques, candidats et soumissionnaires.

1. Les pouvoirs adjudicateurs « personnes morales de droit public »⁴

Les personnes morales de droit public soumises au code sont, par exemple, l'État et ses établissements publics à caractère administratif comme à caractère industriel ou commercial, les collectivités territoriales et les établissements publics locaux.

1.1. L'État et ses établissements publics

L'État⁵, personne morale de droit public, est un pouvoir adjudicateur. Ses composantes, qu'il s'agisse de services centraux, de services à compétence nationale, de services déconcentrés ou des autres organismes de l'État qui, sans non plus posséder une personnalité juridique distincte⁶, disposent d'une certaine autonomie, comme par exemple les autorités administratives indépendantes sont à considérer comme autant d'unités opérationnelles distinctes⁷.

Sont également des pouvoirs adjudicateurs, du fait qu'il s'agit de personnes morales de droit public, les démembrements de l'État doués d'une personnalité juridique propre, à savoir :

- les établissements publics administratifs (EPA) ainsi que les établissements assimilés, reconnus par la jurisprudence comme une variété d'établissement public administratif :
 - les *établissements publics à caractère culturel* (EPCC) : les établissements publics de coopération culturelle, qui peuvent aussi être locaux ;
 - les *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. ;
 - les *établissements publics à caractère scientifique et culturel* (EPSC) : universités, instituts d'études politiques, Institut d'études politiques de Paris, École pratique des hautes études ;

⁴ Il convient de noter que les marchés publics signés en France par les personnes morales de droit public et exécutés matériellement à l'étranger sont soumis à la loi française et donc au code de la commande publique.

De même, les marchés publics passés sur un territoire membre de l'Union européenne sont soumis à la directive européenne au même titre que les marchés publics 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 directive (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, le code de la commande publique ne s'applique pas aux marchés publics signés et exécutés à l'étranger par des acheteurs français ([CE, 4 juillet 2008, Société Colas Djibouti, n° 316028](#) : construction d'une trésorerie et restructuration du consulat général de France à Djibouti. [CE, 29 juin 2012, Société Pro 2C, n° 357976](#) : les lieux de signature et d'exécution constituent les seuls critères opérants (rappel de la jurisprudence du [CE, 3 juillet 1968, Lavigne et Le Mée, n° 68333](#), et de la circulaire du 3 mai 1998 relative à la passation des marchés publics à l'étranger). Le lieu de signature doit être entendu comme le lieu de signature par l'acheteur. Le lieu d'exécution des prestations objet du marché public permet quant à lui de déterminer si le marché public est exécuté en dehors du territoire français. Si la jurisprudence et la doctrine ne fournissent pas d'éléments permettant de cerner ce qu'il convient d'entendre comme « exécuté à l'étranger », on peut raisonnablement penser qu'il convient de prendre en compte le lieu d'exécution pour un contrat de travaux, le lieu du bénéficiaire de la prestation pour un contrat de services et le lieu de livraison pour un contrat de fournitures, à l'exclusion de toute autre considération).

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 marchés ([CE, 29 juin 2012, Société Pro 2C, n° 357976](#)).

⁵ Sur la notion d'État, voir [CJUE, 17 septembre 1998, Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique, Aff. C-323/96](#), pts. 27 à 29.

⁶ [CE, 30 décembre 2013, n° 358826](#), à propos du Conseil économique, social et environnemental.

⁷ Au sens de l'article R.2121-2 du code, sans que cette qualification ait forcément pour corollaire une autonomie de gestion de ses marchés justifiant une estimation de la valeur des besoins séparée au niveau de ladite unité.

- les établissements publics d'enseignement supérieur ;
 - les 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 (CNRS), l'Institut national d'études démographiques, Institut national de la recherche agronomique, Institut national de recherche en sciences et technologie pour l'environnement et l'agriculture, Institut français de recherche scientifique pour le développement en coopération, Institut national de recherche en informatique et automatique, Institut français des sciences et technologie des transports, de l'aménagement et des réseaux, etc. ;
 - les établissements consulaires : chambres de commerce et d'industrie, chambres de métiers et de l'artisanat (CMA) ; chambres d'agriculture⁸ ;
 - les établissements publics de santé (EPS) qui, depuis l'entrée en vigueur 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 portant diverses dispositions relatives à la tarification des établissements de santé et aux marchés des établissements publics de santé](#)) ;
 - 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 du code de la commande publique.
- les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) ;
 - les groupements d'intérêt public (GIP)⁹, qui sont des personnes morales de droit public dotées de l'autonomie administrative et financière et créées 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. Les GIP exercent une activité d'intérêt général à but non lucratif.

1.2. Les collectivités territoriales et les établissements publics locaux

Les 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), sont autant de pouvoirs adjudicateurs du fait de leurs statuts de personnes morales de droit public.

Il convient de relever qu'une commune ayant fusionné avec une autre commune, quand bien même elle conserverait un statut de commune déléguée, perd sa personnalité juridique propre et n'a donc plus la qualité de pouvoir adjudicateur distinct¹⁰.

Tous les établissements publics des collectivités territoriales sont, qu'ils revêtent un caractère administratif ou industriel ou commercial, des pouvoirs adjudicateurs. Le code s'applique 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 (ex. 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 territoriales¹¹.

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

⁸ [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](#).

⁹ Pour plus d'informations, voir le [chapitre II « Dispositions relatives au statut des groupements d'intérêt public » 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](#).

¹⁰ [CE, Avis, 4 novembre 2013, n° 369356 et 369389](#) ; [CE, 11 mai 2011, Société Lyonnaise des eaux France, n° 337927](#).

¹¹ [CE, 13 septembre 1995, Favier, n° 125018](#).

Enfin, les établissements publics locaux d'enseignement (collèges, lycées d'enseignement général, technologique et professionnel et les établissements d'éducation spéciale) sont, en tant que personnes morales de droit public, des pouvoirs adjudicateurs.

1.3. L'outre-mer

En tant que personnes morales de droit public, les collectivités d'outre-mer sont des pouvoirs adjudicateurs. Toutefois, elles peuvent être soumises à des règles spécifiques. C'est le livre VI qui regroupe les dispositions propres aux collectivités et territoires d'outre-mer destinées à rendre applicable la deuxième partie du code de la commande publique dans ces territoires.

1.3.1. Dans les collectivités soumises au principe d'identité législative : [article 73 de la Constitution](#)

Le code de la commande publique s'applique aux régions et départements d'outre-mer que sont la Guadeloupe, la Martinique, la Guyane, La Réunion et Mayotte.

Aussi, il convient de signaler que les adaptations spécifiques des règles de la commande publique applicables à ces personnes publiques qui figuraient dans les précédents textes ont été reprises dans le code de la commande publique.

La détermination des conditions d'organisation de la maîtrise d'ouvrage et de répartition des attributions correspondantes en ce qui concerne les opérations d'aménagement réalisés sur le réseau routier national à la Guyane et sur les ouvrages d'infrastructures de transports à Mayotte¹² est aujourd'hui codifiée aux articles [L.2641-1](#) et [R.2614-1](#) à [R.2614-6](#) du code de la commande publique.

1.3.2. Dans les collectivités soumises au principe d'identité législative : [article 74 de la Constitution](#)

Le code de la commande publique s'applique aux collectivités d'outre-mer de Saint-Martin, de Saint-Barthélemy et de Saint-Pierre-et-Miquelon, compte tenu de la combinaison de lecture de l'[article 74](#) de la Constitution et de leurs statuts organiques :

- Saint-Martin : articles [LO 6313-1](#) et [LO 6314-1](#) du code général des collectivités territoriales ;
- Saint-Barthélemy : articles [LO 6213-1](#) et [LO 6214-3](#) du code général des collectivités territoriales ;
- Saint-Pierre-et-Miquelon : articles [LO 6413-1](#) et [LO 6414-1](#) du code général des collectivités territoriales.

1.3.3. Dans les collectivités soumises au principe de spécialité législative : [article 74 de la Constitution](#)

Le code de la commande publique s'applique aux services de l'État et à ses établissements publics situés dans les territoires de Polynésie française, de Wallis-et-Futuna, de Nouvelle-Calédonie et des Terres australes et antarctiques françaises (TAAF).

En revanche, il ne régit pas les marchés publics et contrats de concession 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.

¹² Voir l'avant-dernier alinéa de l'article 19 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi « MOP ») et le décret n° 2002-381 du 19 mars 2002 pris en son application.

De la même manière que pour les précédentes collectivités citées, la codification des autres textes relatifs à la commande publique a des conséquences sur ces collectivités.

La [loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975](#) relative à la sous-traitance avait été étendue en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie¹³, sans limitation aux seuls contrats passés par l'État et ses établissements publics, et à aux îles Wallis-et-Futuna¹⁴ aux contrats passés par l'État et ses établissements publics. Désormais, le code de la commande publique étend pour ces trois collectivités l'ensemble des dispositions du titre II de la loi n° 75-1334 précitée en tant qu'elles concernent l'État et ses établissements publics. Par ailleurs, le même titre II de cette loi est étendu aux Terres australes et antarctiques françaises.

La [loi n° 85-704 du 12 juillet 1985](#) relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée (dite loi « MOP ») est applicable en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et aux îles Wallis-et-Futuna¹⁵ aux marchés publics passés par l'État et ses établissements publics. Désormais, la codification de la loi MOP et de ses décrets d'application entraîne l'application de ces textes à l'ensemble de ces collectivités, pour les marchés de l'État et ses établissements publics. De même, ces textes, qui n'étaient pas applicables pour les TAAF, le sont désormais.

Les dispositions relatives à la lutte contre les retards de paiement dans les contrats de la commande publique sont applicables en Polynésie française, en Nouvelle-Calédonie et aux îles Wallis-et-Futuna. Elles sont codifiées aux articles [L.3351-1](#) pour les îles Wallis-et-Futuna, [L.3361-1](#) pour la Polynésie française et [L.3371-1](#) pour la Nouvelle-Calédonie. De même, ces dispositions relatives aux délais de paiement sont étendues dans les TAAF.

Ces quatre collectivités se voient également appliquées les dispositions relatives à la composition et au fonctionnement des comités consultatifs de règlement amiable (CCRA)¹⁶ pour les litiges relatifs aux marchés publics passés par l'État et ses établissements publics.

Il en est de même pour les dispositions relatives aux recensements des marchés publics¹⁷.

Enfin, les dispositions relatives à l'exécution des marchés publics par carte d'achat sont désormais applicables de plein droit pour ces quatre mêmes collectivités¹⁸.

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

Pour qualifier une entité de pouvoir adjudicateur, les directives européennes relatives à la commande publique ne tiennent 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 ces directives¹⁹. Ainsi, conformément aux dispositions du 2° de l'[article L.1211-1](#) du code de la commande publique, sont des pouvoirs adjudicateurs les « personnes morales de droit privé » qui ont été créées 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 ».

¹³ [Article 15-3](#) de loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

¹⁴ [Article 15-4](#) de loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

¹⁵ [Article 29-1](#) de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

¹⁶ [Décret n° 2010-1525 du 8 décembre 2010](#) relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics.

¹⁷ [Décret n° 2006-1071 du 28 août 2006](#) relatif au recensement des marchés publics et de certains contrats soumis à des obligations de mise en concurrence.

¹⁸ [Décret n° 2004-1144 du 26 octobre 2004](#) relatif à l'exécution des marchés publics par carte d'achat.

¹⁹ [CJUE, 15 mai 2003, Commission contre royaume d'Espagne, Aff. C-214/00](#), pts. 55 à 57 et [CJCE, 13 janvier 2005, Commission contre royaume d'Espagne, Aff. C-84/03](#), pts. 27 et 28.

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 le code, est affirmé par la CJUE²⁰.

Le fait que l'entité en cause ne soit pas référencée au sein des annexes I, II ou III de l'appendice I de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'accord OMC en ce qui concerne l'Union européenne ne signifie en aucun cas que cet organisme ne constitue pas un pouvoir adjudicateur.

2.1. Personnalité juridique

Ce critère ne pose pas difficulté²¹. 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 « créée 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 activité²².

2.2.1. S'agissant du terme « créé »

La CJUE a précisé²³ 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 et non uniquement celle qui lui a été confiée à sa création.

2.2.2. S'agissant du terme « spécifiquement »

La condition selon laquelle la personne morale doit avoir été créé 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.

²⁰ CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, Aff. C-44/96, pt. 21 et 39. Voir également CJCE, 10 novembre 1998, *BFI Holding BV*, Aff. C-360/96, pt. 29 et CJCE, 10 mai 2001, *Agorà SRL*, Aff. C-223/99 et C-260/99, pt. 26.

²¹ Le juge du droit de l'Union européenne opère une lecture européenne de la notion de personnalité juridique : TPI, 4 juin 2013, *Elitaliana SpA contre Enlex Kosovo*, Aff. T-213/12, pts. 26 et 37.

²² CJCE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume d'Espagne*, Aff. C-283/00, pt. 81.

²³ CJCE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG*, Aff. C-470/99.

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 obligée de satisfaire²⁴.

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

2.2.3.1. 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 sécurité²⁵.
- 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 »²⁶.
- 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.

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 »²⁷.

- 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

²⁴ CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, Aff. C-44/96, pts. 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 : CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV*, Aff. C-360/96, pts. 56 et 57. Voir également CJUE, 5 octobre 2017, « *LitSpecMet* », UAB contre « *Vilniaus lokomotyvu remonto depas* » UAB, aff. C-567/15, pts 40 et 41.

²⁵ CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a.*, Aff. C-44/96, pts. 22 à 24.

²⁶ CJCE, 10 mai 2001, *Agorà Srl*, Aff. C-223/99 et C-260/99, pts. 33 et 34.

²⁷ CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, Aff. C-373/00, pts. 51 à 53 et 66.

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 service²⁸.

- 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 général²⁹.

A *contrario*, certaines personnes morales de droit privé, étroitement liées à des personnes morales de droit public, n'ont pour autant pas nécessairement la qualité de pouvoir adjudicateur. Ainsi, la chambre sociale de la cour de cassation a eu l'occasion de préciser³⁰ qu'en égard à sa mission définie à l'article L. 4612-1 du code du travail, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT) ne relève pas des personnes morales de droit privé créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général au sens de l'article 10 de l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, quand bien même il exerce sa mission au sein d'une personne morale visée audit article.³¹ En effet, contre le requérant qui présentait la mission du CHSCT comme concernant tous les travailleurs, la Cour a précisé que cette mission était de contribuer à la prévention et à la protection de la santé physique et mentale et de la sécurité des travailleurs de l'établissement et de ceux mis à disposition par une entreprise extérieure³².

2.2.3.2. 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 »³³.

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 privées³⁴. 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 commerciale³⁵. Ainsi, pour reconnaître que l'intérêt général est autre qu'industriel ou

²⁸ CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, Aff. C-18/01, pts. 41 à 45, 61 et 62.

²⁹ CJCE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume d'Espagne*, Aff. C-283/00, pts. 84 à 86.

³⁰ Cass. Soc. 28 mars 2018, *CHSCT du centre hospitalier de Chartres*, n° 16-29106 et CAA de Marseille, 7 mai 2018, n° 17MA02615.

³¹ Cass. Soc., 28 mars 2018, n° 16-29106. Était aussi invoqué par l'établissement public hospitalier demandeur le fait que les ressources financières du CHSCT étant apportées par l'employeur, le critère du financement majoritaire objet du point 2.3.1 de la présente fiche aurait été rempli.

³² Soit non pas un intérêt général mais l'intérêt particulier d'un groupe de salariés reconnu par la loi.

³³ CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, Aff. C-360/96, pts. 50 et 51.

³⁴ CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, Aff. C-393/06.

³⁵ CJCE, 16 octobre 2003, *Commission contre Espagne*, Aff. C-283/00, points 81 et 82.

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 morale³⁶.

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'elle n'assume pas l'intégralité des risques liés à son activité et qu'elle se laisse guider par des considérations autres que purement économiques.

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 public³⁷.

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 publics³⁸.

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 »³⁹.

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 »⁴⁰. Ne constituent donc pas un financement public, au sens de la

³⁶ CJCE, 22 mai 2003, *Riitta Korhonen Oy*, Aff. C-18/01, pts. 54.

³⁷ CJCE, 10 mai 2001, *Aponò Srl et Excelsior Snc di Pedrotti Briuna & C. contre Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano et Città Soc. coop. srl*, Aff. C-223/99 et C-260/99, pts 33 et 34.

³⁸ CJCE, 3 octobre 2000, *The Queen contre H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge*, Aff. C-380/98, pt. 20.

³⁹ CJUE, 12 septembre 2013, *IV/D GmbH & Co. KG*, Aff. C-526/11, pt. 31,

⁴⁰ CJUE, 12 septembre 2013, *IV/D GmbH & Co. KG*, Aff. C-526/11, pt. 22.

définition de l'organisme de droit public, les versements effectués en contrepartie de prestations de services. Les subventions sont notamment qualifiées de financement public par la Cour⁴¹.

La notion de contrepartie spécifique est éclairée par les conclusions de l'Avocat général Alber dans le cadre de l'affaire *University of Cambridge*. Il considère que le financement public correspond à l'hypothèse où ce financement « *a pour objet de promouvoir les tâches incombant à un organisme donné et de lui apporter une aide à cet égard* ». Cela l'amène à considérer que constituent un financement public « *les mesures sociales au profit de certains étudiants qui bénéficient dans ce cas d'une bourse pour couvrir les frais de scolarité* » car il s'agit « *d'une source sûre provenant de financements publics qui sont versés à l'université (...) sans contrepartie contractuelle* »⁴².

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 »⁴³.

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 spécifique⁴⁴.

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 satisfait⁴⁵.

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 publics⁴⁶. 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 personne⁴⁷.

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. Dans cette 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'OS 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*

⁴¹ *Ibid.*, pts. 21 et 26.

⁴² Pts. 44 à 50 [des conclusions](#) de l'affaire *University of Cambridge*, Aff. C-380/98.

⁴³ CJCE, 3 octobre 2000, *The Queen contre H.M. Treasury ex parte : University of Cambridge*, Aff. C-380/98, pts. 33, 36 et 44.

⁴⁴ CJUE, 13 décembre 2007, *Bayerischer Rundfunk*, Aff. C-337/06.

⁴⁵ CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, Aff. C-373/00, pts. 70 à 73.

⁴⁶ CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission contre République française*, Aff. C-237/99, pt. 52.

⁴⁷ CJCE, 12 septembre 2013, *IV/D GmbH & Co. KG*, Aff. C-526/11, pt. 30.

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 »⁴⁸.

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

Le code de la commande publique s'applique aux organismes de droit privé qui ont été constitués par des pouvoirs adjudicateurs dans l'objectif de réaliser certaines activités en commun⁴⁹. 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 du code. 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 au sens du code, 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 le code⁵⁰.

4. Les autres personnes privées

En principe, les personnes privées, qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entités adjudicatrices⁵¹, ne relèvent pas du champ d'application du code de la commande publique. Néanmoins, il en va autrement :

- lorsqu'une personne privée agit comme mandataire d'un acheteur ou d'une autorité concédante soumise au code, elle doit, pour les contrats passés en exécution de ce mandat, respecter les dispositions du code⁵². Les conventions de mandat sont elles-mêmes soumises au code⁵³ ;
- les personnes morales de droit privé qui participent à un groupement de commandes avec des personnes publiques soumises au code doivent, pour leurs achats effectués dans le cadre du groupement, appliquer les règles prévues par le code de la commande publique⁵⁴ ;
- enfin, lorsqu'une association se révèle transparente, compte tenu de son mode de contrôle et de ses ressources⁵⁵, elle doit appliquer les règles des marchés applicables à la personne publique dont elle relève⁵⁶.

⁴⁸ CJUE, 15 janvier 1998, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a. / Strobal Rotationsdruck-GesmbH*, Aff. C-44/96, pt 28.

⁴⁹ 3° de l'[article L.1211-1](#) du code de la commande publique.

⁵⁰ 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.](#)

⁵¹ Ainsi, les organismes de sécurité sociale, s'ils constituent, pour les caisses locales, des personnes morales de droit privé, sont des pouvoirs adjudicateurs car ils remplissent les conditions du 2° de l'[article L.1211-1](#) du code de la commande publique. Les organismes de sécurité sociale appliquent les dispositions du code de la commande publique, en vertu de l'[article L. 124-4 du code de la sécurité sociale](#) et de l'[arrêté du 19 juillet 2018 portant réglementation sur les marchés publics des organismes de sécurité sociale](#).

⁵² CE, Ass., 5 mars 2003, *Union nationale des services publics industriels et commerciaux*, n° 233372.

⁵³ CE, 28 juillet 1995, *Préfet d'Île-de-France contre société de vérande Jeanne d'Arc*, n° 143438.

⁵⁴ Voir en ce sens la fiche technique consacrée à la « [mutualisation des achats](#) » ; voir également l'alinéa 2 de l'[article L.2113-6](#) du code de la commande publique.

⁵⁵ 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 ; Cass. crim., 7 novembre 2012, n° 11-82961.

Enfin, l'attention des pouvoirs adjudicateurs est attirée sur un cas particulier. En application de l'[article L.2100-2](#) du code de la commande publique, les contrats passés par des personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs mentionnés à l'article L.1210-1 et qui sont subventionnés directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur, sont soumis aux dispositions de la deuxième partie du code applicables aux pouvoirs adjudicateurs, à l'exception à l'exception des chapitres Ier à III et du chapitre VI du titre IX du présent livre, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1° La valeur estimée hors taxe du besoin est égale ou supérieure aux seuils européens ;

2° L'objet du contrat correspond à l'une des activités suivantes :

a) Des activités de génie civil figurant sur la liste travaux dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française et mentionnée au 1° de l'[article L.1111-2](#) du code ;

b) Des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ;

c) Des prestations de services liés aux travaux mentionnés au présent article.

Toutefois, par dérogation à l'[article L.2113-10](#) du code, ces contrats ne sont pas soumis à l'obligation d'allotissement.

Le pouvoir adjudicateur qui octroie des subventions dans les conditions listées supra est chargé de veiller au respect des dispositions des livres I, II, III et V de la deuxième partie du code.

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 (articles [L.1212-1](#), [L.1212-3](#) et [L.1212-4](#) du code de la commande publique).

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. Elle demeure toutefois au sein de l'office de couverture de l'Union européenne au titre de l'accord sur les marchés publics conclu dans le cadre de l'OMC.

Comme pour la qualification de pouvoir adjudicateur, celle d'entité adjudicatrice nécessite une analyse au cas par cas. L'absence de mention de l'entité à l'annexe III de l'appendice I de l'accord sur les marchés publics en ce qui concerne l'Union européenne ne signifie en aucun cas que l'entité en cause n'est pas une entité adjudicatrice.

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 L.1212-3](#) du code de la commande publique.

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

⁵⁶ Dans cette hypothèse, il convient de prendre garde au risque d'une éventuelle gestion de fait, soumise à l'appréciation du juge des comptes.

5.1.2. Les entités adjudicatrices « entreprises publiques »

Le 2° de l'[article L.1212-1](#) du code de la commande publique précise que les entreprises publiques, qui ne seraient pas des pouvoirs adjudicateurs, peuvent néanmoins être qualifiées d'entités adjudicatrices dès lors qu'elles exercent une des activités d'opérateur de réseaux énumérés à l'[article L.1212-3](#) du code de la commande publique).

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 ([article L.1212-2](#) du code de la commande publique).

Le deuxième alinéa de l'[article L.1212-2](#) du code 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 (3° de l'[article L.1212-1](#) du code de la commande publique).

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 (exemple : le fait d'être titulaire d'un contrat de concession exclusif pour une durée limitée, qui aurait été attribué après publicité et mise en concurrence).

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 L.1212-3](#) du code de la commande publique. 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'électricité⁵⁷.

Constituent des activités d'opérateurs de réseaux la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, de transport ou de la distribution de gaz, de chaleur ou d'électricité.

Toutefois, ne constituent pas des activités d'opérateurs de réseaux :

⁵⁷ Art. 8 et 9 de la directive 2014/25/UE ; a) et b) du 1° de l'[article L.1212-3](#) du code de la commande publique.

- L'alimentation en gaz ou en chaleur des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :
 - La production de gaz ou de chaleur par l'entité concernée est le résultat inévitable de l'exercice d'une activité autre que celles mentionnées à l'[article L.1212-3](#) du code ;
 - L'alimentation du réseau public ne vise qu'à exploiter à des fins commerciales cette production et ne dépasse pas 20 % du chiffre d'affaires de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.
- L'alimentation en électricité des réseaux destinés à fournir un service au public par une entreprise publique ou un organisme de droit privé bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, lorsque sont réunies les deux conditions suivantes :
 - La production d'électricité par l'entité concernée est rendue nécessaire par une activité autre que celles mentionnées à l'[article L.1212-3](#) du code ;
 - La quantité d'électricité utilisée pour l'alimentation du réseau public ne dépasse pas 30 % de la production totale d'énergie de l'entité en prenant en considération la moyenne de l'année en cours et des deux années précédentes.

L'alimentation de réseau comprend la production, la vente en gros et la vente de détail.

5.2.2. L'eau

Constituent des opérateurs de réseaux la mise à disposition, l'exploitation ou l'alimentation des réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable⁵⁸.

De même, constituent des opérateurs de réseaux, lorsqu'elles sont menées par des entités adjudicatrices exerçant l'une des activités économiques de mise à disposition, d'exploitation ou d'alimentation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution d'eau potable, les activités économiques liées soit à l'évacuation ou au traitement des eaux usées, soit à des projets de génie hydraulique, à l'irrigation ou au drainage, pour autant que 20 % du volume total d'eau fourni par ces projets soit consacré à l'approvisionnement en eau potable du réseau qu'elles gèrent.

5.2.3. L'exploitation d'une aire géographique

Constituent des activités d'opérateurs de réseaux celles relatives à l'exploitation d'une aire géographique ayant pour objet :

- L'extraction de pétrole ou de gaz (et non le fait de prospecter) ;
- La prospection ou l'extraction de charbon ou d'autres combustibles solides.

Toutefois, les entités adjudicatrices ne sont pas soumises à ces règles lorsqu'elles achètent de l'énergie ou des combustibles destinés à leur production d'énergie⁵⁹.

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

Constituent des activités d'opérateurs de réseaux les achats 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 transport⁶⁰.

⁵⁸ Art. 10 de la directive 2014/25/UE ; c) du 1^o de l'[article L.1212-3](#) du code de la commande publique.

⁵⁹ Art. 14 de la directive 2014/25/UE ; 2^o de l'[article L.1212-3](#) du code de la commande publique.

5.2.5. Les transports

Constituent des activités d'opérateurs de réseaux les activités destinées à fournir un service au public dans le domaine des transports par chemin de fer, tramway, trolleybus (tramway sur pneus), autobus ou câble (remontées mécaniques) ou autre système automatique⁶¹.

Toutefois, la notion de service de transport est considérée au 4° de l'[article L.1212-3](#) du code comme relevant d'une activité de réseau à condition qu'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, lorsqu'elles sont fournies par des entités adjudicatrices exerçant par ailleurs de tels services postaux, les services de gestion de services courriers ou d'envois non postaux, tels que le publipostage sans adresse, sont soumises aux règles du code applicables aux entités adjudicatrices⁶².

⁶⁰ Art. 12 de la directive 2014/25/UE ; 3° de l'[article L.1212-3](#) du code de la commande publique.

⁶¹ Art. 11 de la directive 2014/25/UE ; 4° de l'[article L.1212-3](#) du code de la commande publique.

⁶² Art. 13 de la directive 2014/25/UE ; 5° de l'[article L.1212-3](#) du code de la commande publique.