

Cour de Justice de l'Union Européenne, 5e ch., 19 juin 2014, aff. C-574/12 (Marchés publics - Passation - Contrats in house - Hôpital public)

19/06/2014

SIMON Denys, « Exception 'in house'. Services hospitaliers », comm. sous CJUE, 5e ch., 19 juin 2014, aff. C-574/12, in *Revue Europe*, août 2014, comm. 332.

Les six questions posées par une juridiction portugaise invitent la Cour à préciser sa jurisprudence relative à la passation de marchés publics par attribution directe dans des hypothèses dites « *in house* ». Le marché en cause avait été passé par un hôpital public avec une association de droit privé sans but lucratif dont il est membre, chargée d'une mission de service public consistant en la fourniture de prestations de restauration pour les établissements hospitaliers. Les sociétaires de l'association pouvaient être des entités du secteur public et du secteur social à but non lucratif. La Cour commence par observer que la circonstance que l'attributaire est constitué sous la forme juridique d'une association de droit privé et qu'il ne poursuit pas de but lucratif est dépourvue de pertinence aux fins de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics et, par conséquent, de la jurisprudence de la Cour relative à l'exception concernant les opérations « *in house* », dans la mesure où le statut de l'attributaire n'exclut pas qu'il poursuive une activité économique [...], selon laquelle la présence d'intérêts privés au sein de l'attributaire du marché exclut la possibilité pour le pouvoir adjudicateur d'exercer un « contrôle analogue » à celui qu'il exerce sur ses propres services est susceptible de s'appliquer à une association qui n'est par définition pas une société commerciale, ne dispose pas d'un capital social et dont les sociétaires privés ne sont pas des entreprises. [...] La Cour revient sur les « fondamentaux » de l'exception *in house* [...], pour conclure que les associés privés, même s'ils ne poursuivent pas de but lucratif, peuvent exercer des activités économiques et donc bénéficier d'un avantage concurrentiel par rapport aux autres opérateurs économiques. Le fait que la participation des associés privés soit minoritaire est sans incidence [...]. La conclusion finale est sans appel : « *Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que, lorsque l'attributaire d'un marché public est une association d'utilité publique sans but lucratif qui, lors de l'attribution de ce marché, compte parmi ses sociétaires non seulement des entités relevant du secteur public, mais également des institutions privées de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif, la condition relative au « contrôle analogue », établie par la jurisprudence de la Cour afin que l'attribution d'un marché public puisse être considérée comme une opération « in house », n'est pas remplie, de sorte que la directive 2004/18 est applicable » (pt 44).*

ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)

19 juin 2014

«Renvoi préjudiciel – Marchés publics de services – Directive 2004/18/CE – Attribution du marché sans engagement d'une procédure d'appel d'offres (attribution dite 'in house') – Attributaire juridiquement distinct du pouvoir adjudicateur – Centre de prestation de services d'assistance et de soutien hospitaliers – Association d'utilité publique et à but non lucratif – Majorité des sociétaires formée par des pouvoirs adjudicateurs – Minorité des sociétaires formée par des entités de droit privé, associations caritatives sans but lucratif – Activité réalisée au moins à 80 % du chiffre d'affaires annuel au profit des sociétaires»

Dans l'affaire **C-574/12**,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle au titre de l'article 267 TFUE, introduite par le Supremo Tribunal Administrativo (Portugal), par décision du 6 novembre 2012, parvenue à la Cour le 7 décembre 2012, dans la procédure

Centro Hospitalar de Setúbal EPE,

Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH)

contre

Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda,
LA COUR (cinquième chambre),

<https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/cour-de-justice-de-lunion-europeenne-5e-ch-19-juin-2014-aff-c-57412-marches-public-s-passation-contrats-in-house-hopital-public/>

composée de M. T. von Danwitz, président de chambre, MM. E. Juhász (rapporteur), A. Rosas, D. Šváby et C. Vajda, juges,

avocat général: M. P. Mengozzi,

greffier: M^{me} M. Ferreira, administrateur principal,

vu la procédure écrite et à la suite de l'audience du 21 novembre 2013,

considérant les observations présentées:

- pour le Centro Hospitalar de Setúbal EPE, par M^{es} M. Real Martins et S. Alves Ribeiro, advogados,
- pour le Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (SUCH), par M^e M. Claro, advogada,
- pour Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda, par M^e M. Lucas Rodrigues, advogada,
- pour le gouvernement portugais, par MM. L. Inez Fernandes et A. Navegas, en qualité d'agents,
- pour le gouvernement espagnol, par M^{me} M. J. García-Valdecasas Dorrego, en qualité d'agent,
- pour la Commission européenne, par M^{me} M. Afonso ainsi que par MM. A. Tokár et M. Noll-Ehlers, en qualité d'agents,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 27 février 2014,

rend le présent

Arrêt

Par la demande de décision préjudicielle, la juridiction de renvoi invite la Cour à préciser sa jurisprudence concernant la passation de marchés publics par attribution directe dite «in house» sans application de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JO L 134, p. 114).

Cette demande a été présentée dans le cadre d'un litige opposant le Centro Hospitalar de Setúbal EPE (centre hospitalier de Setúbal, ci-après le «Centre hospitalier») et le Serviço de Utilização Comum dos Hospitais (service d'utilisation commune par des hôpitaux, ci-après le «SUCH») à Eurest (Portugal) – Sociedade Europeia de Restaurantes Lda (ci-après «Eurest») au sujet de la régularité de la passation d'un marché public attribué directement par le Centre hospitalier au SUCH.

Le cadre juridique

Le droit de l'Union

La directive 2004/18

La directive 2004/18 établit le cadre réglementaire applicable aux marchés publics passés par les pouvoirs adjudicateurs.
<https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/cour-de-justice-de-l-union-europeenne-5e-ch-19-juin-2014-aff-c-57412-marches-public-s-passation-contrats-in-house-hospital-public/>

Le considérant 4 de cette directive énonce:

«Les États membres devraient veiller à ce que la participation d'un soumissionnaire qui est un organisme de droit public à une procédure de passation de marché public ne cause pas de distorsion de concurrence vis-à-vis de soumissionnaires privés.»

L'article 1^{er} de la même directive, intitulé «Définitions», prévoit à son paragraphe 2, sous a):

«Les 'marchés publics' sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive.»

Ladite directive dispose à son article 1^{er}, paragraphe 8:

«Les termes 'entrepreneur', 'fournisseur' et 'prestataire de services' désignent toute personne physique ou morale ou entité publique ou groupement de ces personnes et/ou organismes qui offre, respectivement, la réalisation de travaux et/ou d'ouvrages, des produits ou des services sur le marché.

Le terme 'opérateur économique' couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte.

[...]»

Le paragraphe 9 dudit article 1^{er} définit de manière détaillée les entités qui sont considérées comme des pouvoirs adjudicateurs et qui doivent, lors de la conclusion d'un contrat à titre onéreux avec un opérateur économique, engager une procédure de passation de marché suivant les règles de la directive 2004/18.

L'article 7 de la directive 2004/18, intitulé «Montant des seuils des marchés publics», fixe les seuils des valeurs estimées à partir desquels l'attribution d'un marché doit être effectuée conformément aux règles de cette directive. Ces seuils sont modifiés à des intervalles réguliers par règlements de la Commission et adaptés aux circonstances économiques. À la date des faits au principal, le seuil concernant les marchés de services passés par des pouvoirs adjudicateurs autres que des autorités gouvernementales centrales était fixé à 193 000 euros par le règlement (CE) n° 1177/2009 de la Commission, du 30 novembre 2009 (JO L 314, p. 64).

L'article 20 de la directive 2004/18, qui figure sous le titre II de celle-ci, chapitre III, intitulé «Régimes applicables aux marchés publics de services», dispose:

«Les marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II A sont passés conformément aux articles 23 à 55.»

Aux termes de l'article 21 de ladite directive, qui fait partie du même chapitre III de celle-ci:

«La passation des marchés qui ont pour objet des services figurant à l'annexe II B est soumise seulement à l'article 23 et à l'article 35, paragraphe 4.»

À l'annexe II B de la directive 2004/18, sous la catégorie 17, figurent les «Services d'hôtellerie et de restauration».

L'attribution d'un marché sans application des procédures établies par la directive 2004/18 - Attribution dite «in house»

Les conditions d'une telle attribution ont été établies et développées par la jurisprudence de la Cour, laquelle a considéré que l'appel à la concurrence par l'engagement d'une procédure conformément à la directive 2004/18 n'est pas obligatoire dans l'hypothèse où, à la fois, le pouvoir adjudicateur exerce sur une personne, juridiquement distincte de lui, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent (voir, en ce sens, arrêt Teckal, C-107/98, EU:C:1999:562, point 50).

La Cour a également considéré que la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur en cause exclut, en tout état de cause, que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, étant donné que tout placement de capital privé dans une entreprise obéit à des considérations propres aux intérêts privés et poursuit des objectifs de nature différente de ceux qui sont d'intérêt public (voir arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, C-26/03, EU:C:2005:5, points 49 et 50).

Le droit portugais

La directive 2004/18 a été transposée dans l'ordre juridique portugais par le code des marchés publics, approuvé par le décret-loi n° 18/2008, du 29 janvier 2008, tel que modifié et republié en annexe du décret-loi n° 287/2009, du 2 octobre 2009 (*Diário da República*, 1^{re} série, n° 192, du 2 octobre 2009, ci-après le «code des marchés publics»).

Faisant application de la jurisprudence de la Cour telle que rappelée aux deux points 12 et 13 du présent arrêt, l'article 5, paragraphe 2, du code des marchés publics est libellé comme suit:

«La partie II du présent code n'est pas davantage applicable à la passation de marchés, quel que soit leur objet, par les pouvoirs adjudicateurs avec une autre entité dès lors que:

- a) le pouvoir adjudicateur exerce sur l'activité de celle-ci, isolément ou avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, et
- b) cette entité réalise l'essentiel de son activité au bénéfice d'un ou de plusieurs pouvoirs adjudicateurs qui exercent sur elle le contrôle analogue visé au point supérieur.»

Le litige au principal et les questions préjudicielles

Le Centre hospitalier, qui est un hôpital public, a conclu, le 27 juillet 2011, avec le SUCH un contrat portant sur la fourniture, par ce dernier, de repas aux patients et au personnel du Centre hospitalier (ci-après le «protocole de 2011»). Ce protocole concerne un marché de services attribué directement au SUCH, sans application des procédures d'adjudication prévues par la directive 2004/18, compte tenu, selon les parties contractantes, de la relation «in house» existant entre celui-ci et les hôpitaux publics, qui sont au nombre de ses sociétaires, et visant à satisfaire les besoins de ces derniers par des moyens internes.

Le protocole de 2011 porte sur la période allant du 10 août 2011 au 9 août 2016 et il est reconductible. Son montant annuel s'élève à 1 295 289 euros sur un total de 6 476 445 euros pour les cinq années de la durée du contrat.

Ainsi qu'il ressort du dossier mis à la disposition de la Cour, le SUCH a été créé par le décret-loi n° 46/668, du 24 novembre 1965. Ses statuts ont été homologués au mois d'octobre 2010 par le secrétaire d'État à la Santé. Conformément à l'article 2 de ces statuts, le SUCH est une association à but non lucratif ayant pour finalité la réalisation d'une mission de service public. Il est un instrument permettant de répondre en interne aux besoins de ses sociétaires et, à cet effet, il est tenu de prendre à sa charge les initiatives susceptibles d'améliorer la capacité et l'efficacité du fonctionnement de ces derniers en permettant des économies d'échelle et, ainsi, de contribuer à la pérennité du système financier du service national de sécurité sociale.

Aux termes de l'article 7 des statuts du SUCH, peuvent être sociétaires de ce dernier des entités relevant tant du secteur public que du secteur social, à savoir des institutions de solidarité sociale à but non lucratif, y compris les services et les institutions du ministère de la Santé ainsi que d'autres ministères. En outre, le SUCH doit veiller à ce que la majorité des droits de vote à l'assemblée générale appartienne aux sociétaires publics qui sont soumis aux pouvoirs de direction, de supervision et de tutelle du membre du gouvernement chargé du domaine de la santé.

L'article 5 des statuts du SUCH prévoit en outre que ce dernier peut également, dans le cadre d'un régime de concurrence et de marché, fournir des services à des entités publiques autres que ses sociétaires ou à des entités privées, nationales ou étrangères, dès lors que cela ne porte pas préjudice aux intérêts de ses sociétaires et présente un avantage pour ces derniers et le SUCH tant sur le plan économique qu'en matière de valorisation technologique. La prestation de tels services doit, toutefois, avoir une nature accessoire dans le contexte de l'activité du SUCH et ne pas représenter un volume de facturation supérieur à 20 % de son chiffre d'affaires annuel global de l'exercice précédent.

À la date de la conclusion du protocole de 2011, le SUCH comptait 88 sociétaires, parmi lesquels figuraient 23 institutions privées de solidarité sociale, toutes à but non lucratif, dont 20 institutions caritatives («Misericórdias»).

Eurest, une société active dans le secteur de la prestation de services tels que ceux sur lesquels porte le protocole de 2011, a formé un recours tendant à l'annulation de celui-ci devant le Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada. Par jugement du 30 janvier 2012, cette juridiction a déclaré nul le protocole de 2011, en raison du fait que, entre le Centre hospitalier et le SUCH, il n'existe pas un rapport de contrôle tel qu'il puisse justifier la passation du marché en cause par attribution directe.

Cette juridiction s'est fondée à cet égard sur un arrêt du Tribunal de Contas (Cour des comptes), qui a jugé que, malgré les modifications des statuts du SUCH, le nombre des sociétaires non publics de ce dernier, sa large autonomie et son indépendance par rapport aux pouvoirs publics, la dynamique concrète du fonctionnement de son conseil d'administration et le fait qu'il est une entreprise d'une taille et d'une complexité appréciables ne permettaient pas de considérer que les conditions visées à l'article 5, paragraphe 2, du code des marchés publics étaient remplies. Cet arrêt a été confirmé par un arrêt du plenum du Tribunal de Contas du 3 juillet 2012.

Le Centre hospitalier et le SUCH ont fait appel du jugement du Tribunal Administrativo e Fiscal de Almada devant le Tribunal Central Administrativo do Sul, lequel, par arrêt du 26 avril 2012, a rejeté cet appel et confirmé le jugement attaqué, en se fondant sur la motivation suivie par le Tribunal de Contas dans son arrêt susmentionné. À la suite de ce rejet, le Centre hospitalier et le SUCH ont introduit des recours en révision devant le Supremo Tribunal Administrativo, en réitérant leur argumentation concernant l'existence d'une relation interne entre le SUCH et les hôpitaux publics, qui sont ses sociétaires majoritaires.

Le Supremo Tribunal Administrativo relève qu'un hôpital public, tel que le Centre hospitalier, en sa qualité de personne morale de droit public, est un pouvoir adjudicateur et que le contrat conclu à titre onéreux avec le SUCH, entité distincte du pouvoir adjudicateur, constitue un marché public de services au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 2, sous a), de la directive 2004/18. Aux fins de vérifier si ce marché pouvait être attribué directement, la juridiction de renvoi relève que le «contrôle analogue», exigé à cet effet par la jurisprudence de la Cour, peut être exercé sur l'attributaire conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs et que ce contrôle implique un pouvoir d'ingérence effectif du ou des pouvoirs adjudicateurs non seulement sur les décisions stratégiques de l'attributaire mais aussi sur sa gestion ordinaire.

Toutefois, la juridiction de renvoi souligne que la nature juridique particulière du SUCH, compte tenu du fait que ce dernier comporte également des institutions privées de solidarité sociale au nombre de ses sociétaires, soulève des questions nouvelles au regard de la jurisprudence de la Cour issue de l'arrêt Stadt Halle et RPL Lochau (EU:C:2005:5). Elle se demande ainsi si cette jurisprudence présuppose que l'entreprise privée participant au capital d'une société à laquelle participe également le pouvoir adjudicateur doit nécessairement avoir un but lucratif.

La juridiction de renvoi se demande également, à la lumière des critiques formulées par le Tribunal de Contas, si la condition relative au «contrôle analogue» est remplie en l'occurrence compte tenu du nombre de sociétaires non publics du SUCH, de la nature de la tutelle exercée sur ce dernier par les pouvoirs adjudicateurs qui sont ses sociétaires ainsi que par les pouvoirs publics, de sa taille et de la complexité de son fonctionnement, ainsi que de la possibilité éventuelle dont il dispose d'agir de manière autonome par rapport aux pouvoirs publics.

S'agissant de la seconde condition établie par la jurisprudence de la Cour, à savoir l'exigence que l'entité en cause réalise l'essentiel de son activité avec le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent, la juridiction de renvoi relève que, conformément à cette jurisprudence, l'attributaire doit agir comme un opérateur qui se consacre exclusivement, ou presque exclusivement, à la satisfaction des besoins du ou des pouvoirs adjudicateurs et que toute autre activité doit être marginale. Elle se demande dès lors si cette condition est remplie lorsqu'une entité telle que le SUCH a la possibilité de fournir des services, dans le cadre d'un régime de concurrence, à des entités tierces jusqu'à concurrence de 20 % de son chiffre d'affaires annuel global de l'exercice précédent.

Eu égard à ces considérations et compte tenu du fait qu'il est appelé à se prononcer en dernière instance, le Supremo

Tribunal Administrativo a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

«1) Le fait qu'un hôpital public attribue, sans suivre la procédure de passation prévue par la loi pour le marché en cause, à une association à but non lucratif, dont il est un associé et dont l'objet est la réalisation d'une mission de service public dans le domaine de la santé en vue d'améliorer l'efficacité et l'efficience de ses sociétaires, les prestations relatives à l'alimentation en milieu hospitalier relevant de sa compétence, transférant ainsi à celle-ci la charge de ses fonctions dans ce domaine, est-il compatible avec la jurisprudence communautaire en matière de passation de marchés en interne si, conformément aux statuts, cette association peut avoir comme sociétaires non seulement des entités appartenant au secteur public, mais aussi au secteur social et que, à la date de l'attribution, les entités du secteur social étaient représentées par 23 institutions privées de solidarité sociale (IPPS), toutes à but non lucratif et, parmi celles-ci, des institutions caritatives, sur un ensemble de 88 sociétaires?

2) Peut-on considérer que, pour ses décisions, l'attributaire est dans une position de sujétion par rapport aux sociétaires publics, en ce que ceux-ci exercent, isolément ou conjointement, un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services si, conformément aux statuts, l'attributaire doit veiller à ce que la majorité des droits de vote appartienne à des sociétaires qui font partie de lui et sont soumis aux pouvoirs de direction, de supervision et de tutelle du membre du gouvernement chargé du domaine de la santé et que son conseil d'administration est aussi majoritairement composé de sociétaires publics?

3) Peut-on considérer que la condition relative au 'contrôle analogue' est remplie à la lumière de la jurisprudence communautaire concernant la passation en interne lorsque, conformément aux statuts, l'attributaire est soumis aux pouvoirs de tutelle du membre du gouvernement chargé du domaine de la santé, à qui il appartient de nommer le président et le vice-président du conseil d'administration, d'homologuer les délibérations de l'assemblée générale sur les emprunts qui impliquent un niveau d'endettement net supérieur ou égal à 75 % des capitaux propres de l'exercice de l'année écoulée, d'homologuer les délibérations relatives aux modifications des statuts, d'homologuer les délibérations de l'assemblée générale [portant] sur la dissolution de l'attributaire ainsi que de déterminer la destination de ses biens en cas de dissolution?

4) Le fait que l'attributaire est une organisation de grande taille et complexe, qui agit sur tout le territoire portugais et a comme sociétaires l'ensemble des services et des institutions du Serviço Nacional de Saúde, y compris les plus grandes unités hospitalières du pays, avec un chiffre d'affaires de vente prévu de l'ordre de 90 millions d'euros, avec une activité qui couvre différents domaines d'activité complexes, avec des indicateurs d'activité très importants, avec plus de 3 300 salariés, qui est dans deux groupements complémentaires d'entreprises et dans deux sociétés commerciales, permet-il de qualifier les relations entre lui et ses sociétaires publics comme une passation purement interne ou 'in house'?

5) Le fait que l'attributaire puisse, conformément aux statuts, fournir des services, en régime de concurrence, à des entités publiques non sociétaires ou à des entités privées, nationales ou étrangères, i) dès lors que cela ne porte pas préjudice aux sociétaires et que cela est avantageux pour ceux-ci et pour l'entité attributaire, tant sur le plan économique qu'en matière d'enrichissement et de valorisation technologique et ii) dès lors que la prestation de ces services ne représente pas un volume de facturation supérieur à 20 % de son chiffre d'affaires annuel global de l'exercice précédent, permet-il de considérer que la condition relative à la passation en interne, à savoir en ce qui concerne la condition relative à la 'destination essentielle de l'activité' exigée par l'article 5, paragraphe 2, sous b), du code des marchés publics, est remplie?

6) Si la réponse à l'une quelconque des questions précédentes n'est pas en soi suffisante pour conclure que les conditions visées à l'article 5, paragraphe 2, du code des marchés publics sont ou non remplies à la lumière de la jurisprudence communautaire relative à la passation en interne, l'appréciation conjointe de ces réponses permet-elle de conclure qu'il s'agit de ce type de passation?»

Sur les questions préjudicielles

Observation liminaire

À titre liminaire, il convient de relever que, aux termes du chapitre III du titre II de la directive 2004/18, l'application des dispositions de celle-ci varie en fonction de la catégorie des services en cause. Conformément aux informations contenues dans le dossier mis à la disposition de la Cour, il semble que les services sur lesquels porte le protocole de 2011 relèvent de l'annexe II B de cette directive.

<https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/cour-de-justice-de-lunion-europeenne-5e-ch-19-juin-2014-aff-c-57412-marches-publics-passation-contrats-in-house-hopital-public/>

Une telle appréciation relève, toutefois, de la compétence de la juridiction de renvoi sur la base des éléments factuels de l'affaire dont elle est saisie et, en tout état de cause, elle n'est susceptible d'avoir une influence ni sur l'application de la directive 2004/18 en tant que telle ni sur l'application de l'exception concernant les opérations «in house» lorsque les conditions prévues à cet égard par la jurisprudence de la Cour sont remplies.

Sur la première question

Par cette question, la juridiction de renvoi demande, en substance, si la condition relative au «contrôle analogue», établie par la jurisprudence de la Cour afin que l'attribution d'un marché public puisse être considérée comme une opération «in house» et que celui-ci puisse être ainsi attribué directement, sans qu'il soit fait application de la directive 2004/18, est remplie lorsque l'attributaire est une association d'utilité publique sans but lucratif qui, conformément à ses statuts, peut avoir comme sociétaires non seulement des entités relevant du secteur public, mais aussi des institutions privées de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif et que, à la date de l'attribution du marché, ces dernières constituaient une partie importante, quoique minoritaire, du nombre de sociétaires de l'association attributaire.

À cet égard, il convient de rappeler, tout d'abord, que la circonstance que l'attributaire est constitué sous la forme juridique d'une association de droit privé et qu'il ne poursuive pas de but lucratif est dépourvue de pertinence aux fins de l'application des règles du droit de l'Union en matière de marchés publics et, par conséquent, de la jurisprudence de la Cour relative à l'exception concernant les opérations «in house». En effet, une telle circonstance n'exclut pas que l'entité attributaire en cause puisse exercer une activité économique (voir, en ce sens, arrêts *Sea*, C-573/07, EU:C:2009:532, point 41, et *CoNISMa*, C-305/08, EU:C:2009:807, point 45).

Il y a lieu de relever, ensuite, que la question qui se pose essentiellement en l'occurrence est celle de savoir si la jurisprudence issue de l'arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau* (EU:C:2005:5) trouve à s'appliquer, étant donné que le SUCH n'est pas constitué sous la forme d'une société et ne possède donc pas de capital social et que les sociétaires de ce dernier relevant du secteur social ne sont pas des entreprises selon les termes utilisés dans ledit arrêt.

Il importe de souligner à cet égard que l'exception concernant les attributions «in house» est fondée sur l'approche selon laquelle, dans de tels cas, l'autorité publique adjudicatrice peut être considérée comme ayant recours à ses propres moyens afin d'accomplir ses tâches d'intérêt public.

L'une des raisons qui ont amené la Cour aux conclusions établies dans l'arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau* (EU:C:2005:5) était fondée non pas sur la forme juridique des entités privées faisant partie de l'entité attributaire ni sur le but commercial de ces dernières, mais sur le fait que ces entités privées obéissaient à des considérations propres à leurs intérêts privés, qui étaient de nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par le pouvoir adjudicateur. Pour cette raison, ce dernier ne pouvait pas exercer sur l'attributaire un contrôle analogue à celui qu'il exerçait sur ses propres services (voir, en ce sens, arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau*, EU:C:2005:5, points 49 et 50).

Eu égard à la circonstance, relevée par la juridiction de renvoi, selon laquelle le SUCH est une association à but non lucratif et les sociétaires privés, qui faisaient partie de cette association au moment de l'attribution du marché en cause au principal, étaient des institutions privées de solidarité sociale, toutes également à but non lucratif, il convient de relever que le fait que la Cour s'est référée, dans l'arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau* (EU:C:2005:5), à des notions telles que celles d'«entreprise» ou de «capital social» est dû aux circonstances concrètes de l'affaire ayant donné lieu à cet arrêt et ne signifie pas que la Cour a voulu limiter ses conclusions aux seuls cas de la participation, dans l'entité attributaire, d'entreprises commerciales poursuivant des buts lucratifs.

Une autre raison qui a conduit la Cour aux conclusions adoptées dans l'arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau* (EU:C:2005:5) est que l'attribution directe d'un marché offrirait à l'entité privée présente au sein de l'entité attributaire un avantage par rapport à ses concurrents (voir, en ce sens, arrêt *Stadt Halle et RPL Lochau*, EU:C:2005:5, point 51).

Dans l'affaire au principal, les sociétaires privés du SUCH poursuivent des intérêts et des finalités qui, aussi appréciables qu'ils puissent être d'un point de vue social, sont d'une nature différente de celle des objectifs d'intérêt public poursuivis par les pouvoirs adjudicateurs qui sont en même temps des sociétaires du SUCH.

En outre, ainsi que M. l'avocat général l'a relevé au point 37 de ses conclusions, il n'est pas exclu que les sociétaires privés du SUCH, nonobstant leur statut d'institutions de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif, puissent
<https://affairesjuridiques.aphp.fr/textes/cour-de-justice-de-lunion-europeenne-5e-ch-19-juin-2014-aff-c-57412-marches-public-s-passation-contrats-in-house-hopital-public/>

accomplir des activités économiques en concurrence avec d'autres opérateurs économiques. Par conséquent, l'attribution directe d'un marché au SUCH serait susceptible de procurer aux sociétaires privés de ce dernier un avantage concurrentiel.

Dès lors, les considérations qui ont conduit la Cour à l'adoption des conclusions exposées aux points 36 et 38 du présent arrêt sont également valables dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal.

La circonstance que la participation de sociétaires privés à l'entité attributaire est seulement minoritaire n'est pas susceptible de remettre en cause ces conclusions (voir, en ce sens, arrêt Stadt Halle et RPL Lochau, EU:C:2005:5, point 49).

Il y a lieu de relever enfin que le fait que, conformément à ses statuts, le SUCH disposait seulement de la faculté d'admettre parmi ses sociétaires des entités privées n'est pas, en principe, pertinent. L'élément pertinent en l'occurrence est que, lors de l'attribution du marché en cause au principal, le SUCH était effectivement composé non seulement de sociétaires publics, mais aussi d'entités relevant du secteur privé.

Eu égard aux considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que, lorsque l'attributaire d'un marché public est une association d'utilité publique sans but lucratif qui, lors de l'attribution de ce marché, compte parmi ses sociétaires non seulement des entités relevant du secteur public, mais également des institutions privées de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif, la condition relative au «contrôle analogue», établie par la jurisprudence de la Cour afin que l'attribution d'un marché public puisse être considérée comme une opération «in house», n'est pas remplie, de sorte que la directive 2004/18 est applicable.

Sur les deuxième à sixième questions

Compte tenu de la réponse apportée à la première question préjudicielle, il n'y a pas lieu de répondre aux autres questions posées.

Sur les dépens

La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction de renvoi, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens. Les frais exposés pour soumettre des observations à la Cour, autres que ceux desdites parties, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement.

Par ces motifs, la Cour (cinquième chambre) dit pour droit:

Lorsque l'entité attributaire d'un marché public est une association d'utilité publique sans but lucratif qui, lors de l'attribution de ce marché, compte parmi ses sociétaires non seulement des entités relevant du secteur public, mais également des institutions privées de solidarité sociale exerçant des activités sans but lucratif, la condition relative au «contrôle analogue», établie par la jurisprudence de la Cour afin que l'attribution d'un marché public puisse être considérée comme une opération «in house», n'est pas remplie, de sorte que la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, est applicable.

Signatures