

II

(Communications)

COMMUNICATIONS PROVENANT DES INSTITUTIONS, ORGANES ET
ORGANISMES DE L'UNION EUROPÉENNE

COMMISSION EUROPÉENNE

COMMUNICATION DE LA COMMISSION

**Guide d'orientation à l'intention des États membres relatif à la sélection des organismes chargés de
la mise en œuvre des instruments financiers**

(2016/C 276/01)

TABLE DES MATIÈRES

1.	Références réglementaires et libellé	2
2.	Contexte	2
3.	Sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers	4
3.1.	Sélection conformément aux règles et principes relatifs aux marchés publics	4
3.1.1.	Sélection conformément aux dispositions de la directive 2004/18/CE ou de la directive 2014/24/UE	4
3.1.2.	En dessous des seuils de la directive: sélection conformément aux principes du traité	7
3.2.	Désignation de la BEI	7
3.3.	Désignation du FEI	8
3.4.	Désignation d'une institution financière internationale	8
3.5.	Attribution d'un marché en interne	9
3.5.1.	Conditions régissant l'attribution à une entité interne jusqu'à ce que la directive 2014/24/UE soit transposée, ou jusqu'au 18 avril 2016 si cette date est antérieure	9
3.5.2.	Conditions d'attribution à une entité interne après la transposition de la directive 2014/24/UE (article 12 de la directive 2014/24/UE) ou après le 18 avril 2016	11
3.6.	Coopération inter-administrative	14
3.6.1.	Conditions régissant la coopération inter-administrative jusqu'à ce que la directive 2014/24/UE soit transposée, ou jusqu'au 18 avril 2016 si cette date est antérieure	15
3.6.2.	Conditions régissant la coopération inter-administrative après la transposition de la directive 2014/24/UE ou après le 18 avril 2016	16
3.7.	Exigences de l'article 7 du RD	17
3.7.1.	Critères de sélection	17
3.7.2.	Critères d'attribution	18
3.7.3.	Éléments pour le cahier des charges	19
4.	Références, liens	19

1. Références réglementaires et libellé

Références réglementaires	Articles
Règlement (UE) n° 1303/2013 ⁽¹⁾ Règlement portant dispositions communes (ci-après le «RDC»)	Article 37, paragraphe 1 — Instruments financiers Article 38, paragraphes 4 et 5 — Mise en œuvre des instruments financiers
Règlement (UE) n° 480/2014 ⁽²⁾ Règlement délégué de la Commission (ci-après le «RD»)	Article 7 — Critères de sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers
Règlement (UE) n° 1305/2013	
Directive 2004/18/CE	
Directive 2014/24/UE	

(¹) Règlement (UE) no 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant dispositions communes relatives au fonds européen de développement régional, au fonds social européen, au fonds de cohésion, au fonds européen agricole pour le développement rural et au fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au fonds européen de développement régional, au fonds social européen, au fonds de cohésion et au fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, et abrogeant le règlement (CE) no 1083/2006 du Conseil (JO L 347 du 20.12.2013, p. 320).

(²) Règlement délégué (UE) n° 480/2014 de la Commission du 3 mars 2014 complétant le règlement (UE) n° 1303/2013 du Parlement européen et du Conseil portant dispositions communes relatives au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion, au Fonds européen agricole pour le développement rural et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche, portant dispositions générales applicables au Fonds européen de développement régional, au Fonds social européen, au Fonds de cohésion et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche (JO L 138 du 13.5.2014, p. 5).

2. Contexte

Les autorités de gestion souhaitant utiliser les instruments financiers comme outil pour atteindre les objectifs du programme peuvent entreprendre directement des tâches d'exécution, investir dans le capital de personnes morales existantes ou nouvellement créées ou confier les tâches d'exécution à d'autres organismes (¹). Dans ce dernier cas, l'article 38, paragraphe 4, point b), du RDC prévoit différentes possibilités pour confier des tâches liées à la mise en œuvre des instruments financiers. Le présent guide vise à fournir des précisions sur les possibilités de confier ces tâches (²).

Les instruments financiers peuvent être mis en œuvre au moyen d'une structure avec ou sans fonds de fonds. Si les instruments financiers sont mis en œuvre par une structure comportant un fonds de fonds, des organismes de deux niveaux seront généralement sélectionnés: l'organisme chargé de la mise en œuvre du fonds de fonds et les organismes mettant en œuvre le ou les produits d'instruments financiers spécifiques, c'est-à-dire les intermédiaires financiers (tous deux étant désignés ci-après comme des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers). L'autorité de gestion choisit la structure de mise en œuvre la plus appropriée en prenant en considération les résultats de l'évaluation ex ante requise en vertu de l'article 37, paragraphe 2, du RDC.

Le RDC définit plusieurs types d'entités auxquelles les autorités de gestion peuvent confier les tâches liées à la mise en œuvre des instruments financiers sans préciser les procédures qui doivent être suivies à cet effet.

Toutefois, l'article 37, paragraphe 1, du RDC rappelle les principes généraux auxquels les autorités de gestion doivent se conformer, en particulier lors de la sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers: elles doivent respecter le droit applicable, notamment celui relatif aux aides d'État et aux marchés publics. Les autorités de gestion sont donc chargées de veiller, au besoin après consultation des autorités nationales chargées du contrôle de la concurrence, au respect de toutes les règles applicables dans le cadre de la sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers. En vertu de l'article 38, paragraphe 4, du RDC, les organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers veillent à ce que le droit applicable soit respecté (notamment pour les marchés

(¹) Voir article 38, paragraphe 4, points a), b) et c), du RDC.

(²) En vertu de l'article 38, paragraphe 4, point a), du RDC, dans la mesure où la conclusion d'un marché public de services est requise pour la sélection d'un organisme chargé de la mise en œuvre des instruments financiers, les règles relatives à la sélection de ces entités s'appliquent telles qu'elles sont décrites dans le présent guide.

publics). L'article 38, paragraphe 5, du RDC, faisant écho aux principes du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), précise en outre que le choix des intermédiaires financiers doit s'opérer dans le cadre de procédures ouvertes, transparentes, proportionnées et non discriminatoires et prévenant les conflits d'intérêts⁽³⁾.

En outre, l'article 7, paragraphes 1 et 2, du RDC comporte des exigences spécifiques applicables à la sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers [à l'exception de la Banque européenne d'investissement (BEI) et du Fonds européen d'investissement (FEI)] et l'article 7, paragraphe 3, des exigences applicables à la procédure de sélection des intermédiaires financiers par des organismes chargés de la mise en œuvre d'un fonds de fonds (y compris la BEI et le FEI).

La sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers ne coïncide pas nécessairement avec la sélection de l'opération liée à l'instrument financier⁽⁴⁾.

La sélection de l'opération est effectuée par l'autorité de gestion⁽⁵⁾. À la différence de la sélection de l'organisme chargé de la mise en œuvre de l'instrument financier, la sélection de l'opération n'est pas soumise aux règles et principes régissant la passation des marchés publics, pas plus qu'elle n'est soumise au respect de l'article 7 du RDC.

Sous réserve d'un certain nombre de situations qui ne relèvent pas des règles relatives aux marchés publics et qui sont expliquées ci-après, les prestations effectuées par les organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers institués au titre du cadre réglementaire des Fonds ESI entrent dans le champ d'application des règles et principes relatifs aux marchés publics. Par conséquent, la sélection de ces entités (qu'il s'agisse d'organismes chargés de la mise en œuvre de fonds de fonds ou d'intermédiaires financiers) doit respecter le droit applicable.

Le choix de la directive applicable relative à la passation des marchés publics (directive 2004/18/CE ou directive 2014/24/UE) dépend de la date à laquelle la procédure de sélection est lancée par le pouvoir adjudicateur⁽⁶⁾ (c'est-à-dire l'autorité de gestion du programme achetant les services d'une entité pour la mise en œuvre d'un instrument financier) ou de la date de la décision de recourir à une procédure négociée sans mise en concurrence préalable pour l'attribution du marché, ainsi que de la date de transposition de la directive 2014/24/UE. Dans les cas de coopération interne et inter-administrative, la date à laquelle le pouvoir adjudicateur a définitivement décidé qu'aucune mise en concurrence préalable ne serait lancée pour l'attribution du marché public⁽⁷⁾ est importante pour déterminer si ce sont les conditions établies par la jurisprudence ou les dispositions prévues par la directive 2014/24/UE qui s'appliquent (voir points 3.5 et 3.6 ci-dessous)⁽⁸⁾.

La date du 18 avril 2016 est le délai fixé pour la transposition de la directive 2014/24/UE dans le droit national. Les mesures de transposition adoptées avant cette date doivent être appliquées par les pouvoirs adjudicateurs. Après cette date, même en l'absence d'une transposition par les États membres, les pouvoirs adjudicateurs doivent appliquer les dispositions prévues par la directive 2014/24/UE. À partir du 18 avril 2016, l'ensemble des dispositions de la directive, notamment celles relatives à la coopération interne et inter-administrative, doivent être pleinement respectées.

⁽³⁾ L'obligation de suivre une procédure de sélection ouverte, transparente, proportionnée et non discriminatoire et prévenant les conflits d'intérêts est respectée lorsque les intermédiaires financiers sont choisis selon les règles et principes régissant les marchés publics. Lorsqu'il est possible de conclure un contrat direct avec un intermédiaire financier, les pouvoirs adjudicateurs doivent vérifier si plus d'une entité avec laquelle la conclusion d'un contrat direct est possible pourrait fournir le service financier en question. Si tel est le cas, les pouvoirs adjudicateurs doivent entamer une procédure de sélection ouverte, transparente, proportionnée, non discriminatoire et prévenant les conflits d'intérêts parmi les entités concernées, conformément à l'article 38, paragraphe 5, du RDC. Outre les exigences en matière de procédure prévues par la directive, il est notamment possible d'assurer le respect de ces exigences en informant toutes les entités concernées du contrat de services financiers envisagé et en les invitant à soumettre une offre que le pouvoir adjudicateur évaluerait.

⁽⁴⁾ La sélection de l'opération doit s'entendre comme la décision d'apporter une contribution financière à l'instrument financier au titre du programme et non les investissements ultérieurs effectués par l'instrument financier en faveur des bénéficiaires finaux.

⁽⁵⁾ La sélection de l'opération liée à l'instrument financier aux fins du Fonds européen de développement régional (FEDER)/Fonds de cohésion (FC)/Fonds social européen (FSE) doit être effectuée par l'autorité de gestion conformément à l'article 125, paragraphe 3, point a), du RDC. Pour le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), la sélection de l'opération liée à l'instrument financier doit se faire conformément à l'article 65, paragraphe 4, et aux articles 66 et 49 du règlement (UE) n° 1305/2013.

⁽⁶⁾ Le pouvoir adjudicateur est défini à l'article 1^{er}, paragraphe 9, de la directive 2004/18/CE («sont considérés comme "pouvoirs adjudicateurs": l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public»), et à l'article 2, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE («"pouvoirs adjudicateurs": l'État, les autorités régionales ou locales, les organismes de droit public ou les associations formées par une ou plusieurs de ces autorités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public»).

⁽⁷⁾ La date à prendre en compte pour déterminer la directive applicable est celle à laquelle le pouvoir adjudicateur choisit le type de procédure qu'il va suivre et tranche définitivement la question de savoir s'il y a ou non obligation de procéder à une mise en concurrence préalable pour l'adjudication d'un marché public (voir affaire C-576/10, Commission contre Pays-Bas, point 52).

⁽⁸⁾ La décision d'attribution doit être justifiée, mais il n'existe aucune obligation légale en ce qui concerne la forme exacte que cette décision doit prendre. L'évaluation des critères établis à l'article 7 du RDC ne constitue pas, en soi, une décision d'attribution, mais la décision du pouvoir adjudicateur prise sur la base de l'évaluation peut être considérée comme la date à laquelle le pouvoir adjudicateur a définitivement décidé qu'aucune mise en concurrence préalable ne serait délivrée pour l'attribution du marché public.

S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), la directive 2014/24/UE aborde spécifiquement la question de l'attribution de tâches aux entités publiques détenues et contrôlées par un pouvoir adjudicateur (coopération verticale ou interne) ainsi que celle de la coopération inter-administrative (coopération horizontale). Jusqu'à la date de la transposition de la directive 2014/24/UE, l'attribution de marchés dans le cadre des deux types de coopération doit respecter les conditions établies par la jurisprudence (voir points 3.5.1 et 3.6.1 ci-après).

Il convient de noter que l'éventuelle mention, dans les programmes relevant des Fonds ESI, d'organismes chargés de la mise en œuvre d'instruments financiers ne dispense pas les pouvoirs adjudicateurs d'appliquer les règles et principes relatifs aux marchés publics lors de la sélection de ces organismes.

3. Sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers

3.1. Sélection conformément aux règles et principes relatifs aux marchés publics

En dehors des situations décrites ci-dessous et en dehors du cas où les autorités de gestion décident de mettre directement en œuvre un instrument financier en application de l'article 38, paragraphe 4, point c), du RDC, elles doivent sélectionner des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers conformément aux règles et principes relatifs aux marchés publics. Ces règles doivent également être respectées par les organismes intermédiaires⁽⁹⁾ et les organismes chargés de la mise en œuvre de fonds de fonds qui sont des pouvoirs adjudicateurs.

La passation de marchés publics par ou au nom des autorités des États membres doit respecter les principes du TFUE, et en particulier de la libre circulation des marchandises, la liberté d'établissement et la libre prestation de services, ainsi que d'autres principes fondamentaux tels que l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence. En ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, les procédures nationales de passation de marchés sont coordonnées de manière à garantir la mise en pratique de ces principes ainsi qu'une mise en concurrence des marchés publics. Pour ces marchés publics, les directives sur les marchés publics (directive 2004/18/CE ou 2014/24/UE) s'appliquent.

3.1.1. Sélection conformément aux dispositions de la directive 2004/18/CE ou de la directive 2014/24/UE

3.1.1.1. Seuil

Pour les marchés de services, l'article 7 de la directive 2004/18/CE et l'article 4 de la directive 2014/24/UE renvoient à deux seuils au-dessus desquels la directive s'applique⁽¹⁰⁾:

- 135 000 EUR pour les marchés publics de services passés par les pouvoirs adjudicateurs qui sont des autorités publiques centrales reprises à l'annexe IV de la directive 2004/18/CE et à l'annexe I de la directive 2014/24/UE,
- 209 000 EUR pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les autres types de pouvoirs adjudicateurs.

Conformément à l'article 7 de la directive 2004/18/CE et à l'article 4 de la directive 2014/24/UE, le seuil s'applique à la valeur estimée des services à fournir par l'organisme chargé de la mise en œuvre de l'instrument financier, hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA).

La valeur estimée du marché est, pour les services bancaires et autres services financiers, calculée sur la base des honoraires, commissions payables, intérêts et autres modes de rémunération (article 9, paragraphe 8, de la directive 2004/18/UE et article 5, paragraphe 13, de la directive 2014/24/UE).

3.1.1.2. Orientations sur les procédures de marchés publics

Les pouvoirs adjudicateurs se référeront utilement aux orientations fournies aux praticiens destinées à éviter les erreurs les plus fréquentes en matière de marchés publics⁽¹¹⁾, même si celles-ci traitent des marchés publics relevant de la directive 2004/18/CE. Ces orientations comportent des rappels sur des points spécifiques qui nécessitent une attention particulière, tels que la portée de l'appel d'offres, le choix de la procédure de sélection appropriée, la détermination des critères d'exclusion, de sélection et d'attribution adéquats (en évitant la confusion entre eux), la nécessité de respecter les délais applicables pour donner aux soumissionnaires un délai suffisant pour la préparation et la soumission d'une offre et la nécessité de bien documenter l'évaluation des offres sur la base des critères annoncés.

⁽⁹⁾ L'organisme intermédiaire est défini, à l'article 2, paragraphe 18, du RDC comme «tout organisme public ou privé qui agit sous la responsabilité d'une autorité de gestion ou de certification, ou qui exécute pour le compte de celle-ci des tâches en lien avec la réalisation d'opérations par les bénéficiaires». Les organismes intermédiaires doivent être sélectionnés conformément aux règles applicables, notamment celles relatives aux marchés publics et, le cas échéant, leurs exceptions. L'article 123, paragraphe 6, du RDC permet aux États membres de «designer un ou plusieurs organismes intermédiaires pour exécuter certaines tâches de l'autorité de gestion ou de l'autorité de certification sous la responsabilité de cette autorité». Cette disposition est applicable au FEDER, au FSE, au FC et au Fonds européen pour les affaires maritimes et la pêche (FEAMP). L'article 66, paragraphe 2, du règlement (UE) n° 1305/2013 prévoit la même possibilité pour le Feader, établissant que l'autorité de gestion conserve l'entière responsabilité de la gestion et de la mise en œuvre des tâches déléguées à un autre organisme, qui doivent être efficaces et correctes, et veille à ce que l'organisme intermédiaire obtienne toutes les données et informations nécessaires pour l'exécution de ces tâches.

⁽¹⁰⁾ Ces seuils font l'objet d'un réexamen tous les deux ans, conformément à l'article 6 de la directive 2014/24/UE.

⁽¹¹⁾ Office des publications — ISBN 978-92-79-50323-8 — Non encore communiquées aux États membres dans leur version finale.

3.1.1.3. Choix de la procédure

Les pouvoirs adjudicateurs doivent choisir la procédure de passation de marché la plus appropriée pour la sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers.

Les directives sur les marchés publics prévoient des procédures spécifiques pour les achats particulièrement complexes, comme la procédure concurrentielle avec négociation ou le dialogue compétitif (voir les articles 28 à 31 de la directive 2004/18/CE et l'article 26 de la directive 2014/24/UE), qui permettent, sous certaines conditions, de prendre en considération les besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur.

Conformément à l'article 26, paragraphe 4, point a), de la directive 2014/24/UE, l'une ou l'autre de ces deux procédures peut être utilisée, entre autres, lorsque les besoins du pouvoir adjudicateur ne peuvent être satisfaits sans adapter des solutions immédiatement disponibles et que le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'évaluer si de telles circonstances particulières existent.

La directive prévoit également la possibilité d'utiliser les mêmes procédures lorsqu'une procédure de passation de marchés a échoué. Conformément à l'article 26, paragraphe 4, point b), de la directive 2014/24/UE, une procédure concurrentielle avec négociation ou un dialogue compétitif peut également être utilisé lorsque, en réponse à une procédure ouverte ou restreinte, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées. En pareille situation, lorsque la procédure concerne tous les soumissionnaires qui satisfont aux critères visés aux articles 57 à 64 de la directive 2014/24/UE et qui, lors de la procédure ouverte ou restreinte précédente, ont soumis des offres conformes aux exigences formelles de la procédure de passation du marché, la publication d'un avis de marché n'est pas requise.

3.1.1.4. Recours aux accords-cadres

Pour éviter de devoir apporter des modifications contractuelles et pour gérer les changements futurs au niveau du champ d'application des tâches à confier, les pouvoirs adjudicateurs peuvent envisager de recourir à un accord-cadre ⁽¹²⁾.

Les accords-cadres offrent une certaine souplesse dans la gestion de contrats de services financiers, car ils permettent d'adapter le volume de services aux besoins des pouvoirs adjudicateurs et/ou aux bénéficiaires. Étant donné qu'il n'est pas toujours facile de prévoir le volume des demandes émanant des bénéficiaires pour les instruments financiers, l'utilisation d'un accord-cadre peut offrir la souplesse nécessaire pour faire face à l'augmentation ou à la baisse des volumes.

Il faut rappeler que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus d'attribuer des marchés spécifiques au titre des accords-cadres pour la totalité du montant prévu. Par conséquent, si un accord-cadre porte sur plusieurs types d'instruments financiers et qu'il s'avère qu'un instrument financier spécifique n'est pas bien conçu ou mal adapté aux besoins des bénéficiaires finaux, il n'y a pas d'obligation de signer un contrat spécifique pour mettre en œuvre cet instrument.

Utiliser les mêmes conditions pour différents services financiers présente le risque que les conditions relatives aux prix ou à la qualité d'un service (ou instrument) financier spécifique soient influencées par celles concernant d'autres services financiers, même s'il n'existe aucun lien matériel entre les deux services (ou instruments). C'est la raison pour laquelle en cas de recours à des accords-cadres, il est recommandé d'utiliser des lots. Cette manière de procéder permet d'évaluer le prix et la qualité de chaque lot séparément et selon ses propres mérites. Les soumissionnaires peuvent adapter leurs offres en compensant les conditions économiques ou de qualité entre les lots afin de présenter les offres proposant le meilleur rapport qualité-prix pour plusieurs de ces lots ou consentir un effort pour un lot spécifique mieux adapté aux capacités qui leur sont propres.

Avant de lancer la procédure d'appel d'offres, les pouvoirs adjudicateurs sont invités à analyser les objectifs spécifiques de chaque service (ou instrument) financier par rapport à l'éventail de bénéficiaires finaux ciblés par l'instrument pour déterminer l'objet de chaque marché. La flexibilité des accords-cadres permet de conclure des contrats au cas où l'instrument financier est une réussite sur le plan de la demande mais aussi de tester si un type spécifique d'instrument financier correspond aux besoins des bénéficiaires finaux dans un secteur économique particulier.

La valeur estimée de l'accord-cadre (qui doit être indiquée dans l'avis de marché), qui constitue la valeur maximale estimée, hors TVA, de l'ensemble des marchés envisagés pour toute la durée de l'accord-cadre, devrait être évaluée en tenant compte de la possibilité de couvrir les augmentations du montant accordé pour la gestion à l'organisme chargé de la mise en œuvre l'instrument financier.

⁽¹²⁾ Voir l'article 1^{er}, paragraphe 5, de la directive 2004/18/CE et l'article 33 de la directive 2014/24/UE.

En ce qui concerne la durée de l'accord-cadre, conformément à l'article 33, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, la durée d'un accord-cadre ne doit pas dépasser quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre. Toutefois, comme précisé au considérant 62 de la directive, «si les marchés fondés sur un accord-cadre doivent être attribués avant la fin de la période de validité de celui-ci, la durée des différents marchés fondés sur un accord-cadre ne doit pas nécessairement coïncider avec celle dudit accord-cadre, mais pourrait, selon le cas, être plus courte ou plus longue».

3.1.1.5. Modifications de marchés

Les modifications d'un marché au titre de la directive 2004/18/CE, conformément à la jurisprudence applicable, ne sont possibles que si cette information a été publiée dans l'avis d'appel d'offres à l'intention de tous les soumissionnaires potentiels et si les modifications, quelle qu'en soit la valeur monétaire, ont été prévues dans les documents de marché initiaux sous la forme de clauses de révision claires, précises et univoques. Si tel est le cas, le pouvoir adjudicateur aura la possibilité de recourir au même organisme chargé de la mise en œuvre de l'instrument financier pour les modifications ultérieures de la contribution initiale, jusqu'à concurrence du montant indicatif faisant l'objet du marché. Si ces conditions ne sont pas remplies et que le pouvoir adjudicateur modifie considérablement un marché sans prévoir un nouvel avis de marché public, cette modification impliquerait une modification des conditions d'appel d'offres initiales contraire au principe de transparence et d'égalité de traitement et, partant, constituerait une irrégularité.

En vertu de la directive 2014/24/UE, les modifications des marchés sont possibles sans nouvelle procédure de passation de marchés, notamment dans les situations suivantes, et pour autant que les conditions particulières prévues à l'article 72 de cette directive soient respectées:

- lorsque les modifications ont été prévues dans les documents de marchés initiaux sous la forme de clauses de réexamen claires et univoques indiquant le champ d'application et la nature des éventuelles modifications ou options ainsi que les conditions dans lesquelles il peut en être fait usage. Les clauses ne doivent pas permettre de modifications ou d'options qui changeraient la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. Afin de parer à l'éventualité que la contribution du programme en faveur de l'instrument financier soit augmentée par la suite, le pouvoir adjudicateur doit, lorsqu'il achète les services financiers en question, estimer ex ante les éventuelles contributions complémentaires du programme et leur incidence sur la valeur estimée du marché,
- pour les services supplémentaires du contractant principal qui sont devenus nécessaires et ne figuraient pas dans le marché initial, lorsqu'un changement de contractant est impossible pour des raisons économiques ou présenterait un inconvénient majeur ou entraînerait une augmentation substantielle des coûts pour le pouvoir adjudicateur. Conformément à l'article 72, une augmentation de prix ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché initial. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, cette limite s'applique au montant de chaque modification. Ces modifications successives ne doivent pas viser à contourner les dispositions de la directive,
- lorsque la modification est rendue nécessaire par des circonstances qu'un pouvoir adjudicateur diligent ne pouvait pas prévoir, que la modification ne change pas la nature globale du marché et que l'augmentation de prix n'est pas supérieure à 50 % de la valeur du marché ou de l'accord-cadre initial (lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées les conditions indiquées ci-dessus s'appliquent),
- lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel le pouvoir adjudicateur a initialement attribué le marché: i) en application d'une clause de réexamen ou d'une option univoque conformément au premier point; ii) à la suite d'une succession universelle ou partielle du contractant initial, à la suite d'opérations de restructuration de société, notamment de rachat, de fusion, d'acquisition ou d'insolvabilité, assurée par un autre opérateur économique qui remplit les critères de sélection qualitative établis initialement, à condition que cela n'entraîne pas d'autres modifications substantielles du marché et ne vise pas à se soustraire à l'application de la directive; ou iii) dans le cas où le pouvoir adjudicateur lui-même assume les obligations du contractant principal à l'égard de ses sous-traitants lorsque cette possibilité est prévue en vertu de la législation nationale conformément à l'article 71 de la directive;
- lorsque les modifications, quelle qu'en soit la valeur, ne sont pas substantielles ⁽¹³⁾;

⁽¹³⁾ Conformément à l'article 72, paragraphe 4, «une modification d'un marché ou d'un accord-cadre en cours est considérée comme substantielle [...] lorsqu'elle rend le marché ou l'accord-cadre sensiblement différent par nature de celui conclu au départ. En tout état de cause, sans préjudice des paragraphes 1 et 2, une modification est considérée comme substantielle lorsqu'une des conditions suivantes est remplie:

- a) elle introduit des conditions qui, si elles avaient été incluses dans la procédure initiale de passation de marché, auraient permis l'admission d'autres candidats que ceux retenus initialement ou l'acceptation d'une offre autre que celle initialement acceptée ou auraient attiré davantage de participants à la procédure de passation de marché;
- b) elle modifie l'équilibre économique du marché ou de l'accord-cadre en faveur du contractant d'une manière qui n'était pas prévue dans le marché ou l'accord-cadre initial;
- c) elle élargit considérablement le champ d'application du marché ou de l'accord-cadre;
- d) lorsqu'un nouveau contractant remplace celui auquel l'entité adjudicatrice a initialement attribué le marché dans d'autres cas que ceux prévus au paragraphe 1, point d)».

- lorsque la valeur de la modification est inférieure aux seuils d'application fixés par la directive 2014/24/UE et à 10 % de la valeur du marché initial pour les marchés de services. En outre, la modification ne peut pas changer la nature globale du marché ou de l'accord-cadre. Lorsque plusieurs modifications successives sont effectuées, la valeur doit être déterminée sur la base de la valeur cumulée nette des modifications successives (contrairement à ce qui est prévu dans les cas mentionnés ci-dessus).

Conclusion:

Les pouvoirs adjudicateurs qui souhaitent accroître le montant des contributions du programme en faveur des instruments financiers mis en œuvre par des organismes déjà sélectionnés (dans le cadre de la période de programmation 2007-2013 par exemple) doivent vérifier soigneusement si les conditions autorisant une telle modification d'un marché sont remplies.

En outre, afin de parer à d'éventuelles augmentations ultérieures de la contribution du programme, il est recommandé, pour l'avenir, que les pouvoirs adjudicateurs envisagent la conclusion d'accords-cadres au lieu de procéder par modification des marchés.

3.1.2. En dessous des seuils de la directive: sélection conformément aux principes du traité

En dessous des seuils fixés par les directives sur les marchés publics, la sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers doit respecter les principes du traité si le marché présente un intérêt transfrontalier.

Les principes du traité qui doivent être respectés sont ceux de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que ceux d'égalité de traitement, de non-discrimination, de reconnaissance mutuelle, de transparence et de proportionnalité.

La Commission, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice, a publié, le 23 juin 2006, une communication interprétative intitulée «Droit communautaire applicable aux passations de marchés non soumises ou partiellement soumises aux directives "marchés publics"»⁽¹⁴⁾, dans laquelle les exigences découlant de ces principes sont précisées.

Conformément à la jurisprudence de la CJUE, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination impliquent une obligation de transparence, qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché à la concurrence. L'obligation de transparence suppose que les opérateurs économiques établis dans un autre État membre aient accès aux informations appropriées relatives au marché avant que celui-ci ne soit attribué, de sorte que, s'ils le souhaitent, ils soient en mesure de manifester leur intérêt pour ce marché.

L'obligation de transparence exige la publication d'un avis suffisamment accessible avant l'attribution du marché. Cet avis doit être publié par l'entité adjudicatrice en vue d'ouvrir l'attribution du marché à la concurrence. Il appartient aux entités adjudicatrices de choisir le support le plus approprié pour assurer la publicité de leurs marchés.

Les obligations découlant des principes du traité s'appliquent aux marchés dont le montant est inférieur aux seuils des directives qui présentent un intérêt transfrontalier. L'existence d'un certain intérêt transfrontalier doit être évaluée par les différentes entités adjudicatrices sur la base d'une évaluation des circonstances spécifiques de l'espèce, telles que l'objet du marché, l'importance de sa valeur estimée, en liaison avec le lieu où les travaux devront être effectués ou les caractéristiques techniques du marché⁽¹⁵⁾, les caractéristiques spécifiques du secteur concerné (taille et structure du marché, pratiques commerciales, etc.).

3.2. Désignation de la BEI

La BEI est l'un des organismes mentionnés dans le RDC auxquels des tâches liées à la mise en œuvre des instruments financiers peuvent être confiées par les autorités de gestion [article 38, paragraphe 4, point b) i), du RDC].

Étant donné que la relation entre les États membres et la BEI est régie par le droit primaire⁽¹⁶⁾, l'accès aux activités statutaires de la BEI ne peut être soumis à des règles et conditions procédurales étrangères aux dispositions régissant les opérations de la BEI en vertu du droit primaire de l'Union. Cela signifie que les dispositions des directives relatives aux marchés publics (qui sont des actes de droit dérivé) ne sont pas applicables aux mandats concernant la gestion d'instruments financiers conclus entre les autorités de gestion et la BEI. Par conséquent, ces contrats peuvent être conclus directement avec la BEI.

Lorsqu'un marché est attribué directement par une autorité de gestion à la BEI en vue de la mise en œuvre d'un fonds de fonds, la BEI sélectionnera les intermédiaires financiers chargés de la mise en œuvre des instruments financiers sur la base de ses règles et procédures internes, qui, étant donné que la BEI est soumise au traité, doivent respecter les principes établis par celui-ci.

⁽¹⁴⁾ L'interprétation de la Commission a été confirmée par le Tribunal dans son arrêt du 20 mai 2010 dans l'affaire T-258/06, Allemagne/Commission.

⁽¹⁵⁾ Affaire C-278/14, SC Enterprise Focused Solutions/Spitalul Județean de Urgență Alba Iulia, point 20. La proximité avec la frontière peut conduire à considérer des marchés de faible valeur comme présentant un certain intérêt transfrontalier [affaires jointes C-147/06 et C-148/06, SECAP (C-147/06) et Santorso (C-148/06)/Comune di Torino, point 31].

⁽¹⁶⁾ Voir article 175 du TFUE.

En outre, conformément à l'article 7, paragraphe 3, du RDC, lorsque la BEI confie à son tour des tâches de mise en œuvre à des intermédiaires financiers, la sélection doit également respecter les exigences spécifiques énoncées dans cette disposition (voir point 3.7 ci-dessous).

Conclusion:

Les autorités de gestion, les organismes intermédiaires ou les organismes chargés de la mise en œuvre de fonds de fonds qui sont des pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure directement avec la BEI, c'est-à-dire sans procédure de mise en concurrence ⁽¹⁷⁾, des mandats en ce qui concerne la mise en œuvre des instruments financiers.

3.3. Désignation du FEI

Le FEI a été institué en 1994 par le conseil des gouverneurs de la BEI (représentant les États membres), sur la base d'un acte du droit primaire de l'Union ⁽¹⁸⁾. Cet acte a ajouté un article 30 dans les statuts de la BEI, annexés au traité, habilitant le conseil des gouverneurs à créer le FEI et à adopter ses statuts. Conformément à cet article [depuis remplacé par un article général sur la création de filiales de la BEI, l'actuel article 28 du protocole (n° 5) sur les statuts de la BEI], le FEI est doté de la personnalité juridique et d'une autonomie financière similaire à celle de la BEI.

Conformément à l'article 2 de ses statuts, la mission du Fonds est de contribuer à la poursuite des objectifs de l'Union européenne en fournissant des garanties et en prenant des participations dans des entreprises. En outre, le Fonds peut s'engager dans d'autres activités qui se rattachent à cette mission ou en découlent

En ce qui concerne la BEI, la position du FEI est caractérisée par un lien étroit avec l'Union européenne pour ce qui est de ses objectifs. Le FEI entend contribuer à la réalisation des objectifs et missions de l'Union grâce à des activités poursuivant les objectifs de l'Union.

L'article 2, paragraphe 23, du RDC définit la «BEI», aux fins du RDC, comme comprenant la BEI, le FEI et toute (autre) filiale de la BEI. Le FEI fait donc également partie des organismes mentionnés dans le RDC auxquels des tâches liées à la mise en œuvre des instruments financiers peuvent être confiées par les autorités de gestion [article 38, paragraphe 4, point b) i), du RDC].

En raison du statut particulier du FEI, des mandats concernant la gestion d'instruments financiers peuvent être conclus directement entre les autorités de gestion et le FEI.

Lorsqu'un marché est attribué directement par une autorité de gestion au FEI en vue de la mise en œuvre d'un fonds de fonds, le FEI sélectionnera les intermédiaires financiers chargés de la mise en œuvre des instruments financiers sur la base de ses règles et procédures internes, qui, étant donné que le FEI est soumis au traité, doivent respecter les principes établis par celui-ci.

En outre, conformément à l'article 7, paragraphe 3, du RDC, lorsque le FEI confie à son tour des tâches de mise en œuvre à des intermédiaires financiers, la sélection doit respecter les exigences spécifiques énoncées dans cette disposition (voir point 3.7 ci-dessous).

Conclusion:

Les autorités de gestion, les organismes intermédiaires ou les organismes chargés de la mise en œuvre de fonds de fonds qui sont des pouvoirs adjudicateurs peuvent conclure directement avec le FEI, c'est-à-dire sans procédure de mise en concurrence ⁽¹⁹⁾, des mandats en ce qui concerne la mise en œuvre des instruments financiers.

3.4. Désignation d'une institution financière internationale

Les autorités de gestion peuvent envisager de confier la mise en œuvre d'un instrument financier à une institution financière internationale, comme le prévoit l'article 38, paragraphe 4, point b) ii), du RDC.

Le RDC ne contient aucune définition de l'institution financière internationale. Les institutions financières internationales peuvent être définies comme des institutions financières créées par au moins deux pays par des accords intergouvernementaux et chargées d'apporter un soutien financier pour des actions de développement économique et social. Leurs propriétaires ou actionnaires sont généralement les gouvernements nationaux, mais il peut également s'agir d'autres institutions internationales et/ou d'autres organisations.

Des tâches liées à la mise en œuvre d'un instrument financier peuvent être confiées directement à une institution financière internationale par l'autorité de gestion, à condition que l'État membre qui a désigné l'autorité de gestion ⁽²⁰⁾ soit membre de l'institution financière internationale concernée et que les tâches confiées relèvent de la mission statutaire de l'institution. Cette possibilité est également offerte aux mêmes conditions aux organismes intermédiaires et aux organismes chargés de la mise en œuvre de fonds de fonds qui sont des pouvoirs adjudicateurs.

⁽¹⁷⁾ Comme le prévoit l'article 13, paragraphe 6, du RDC, en l'absence de procédure de mise en concurrence, les seuils concernant les coûts et frais de gestion prévus à l'article 13 s'appliquent.

⁽¹⁸⁾ Acte modifiant le protocole sur les statuts de la banque européenne d'investissement habilitant le conseil des gouverneurs à créer un Fonds européen d'investissement (JO L 173 du 7.7.1994, p. 14).

⁽¹⁹⁾ Comme le prévoit l'article 13, paragraphe 6, du RDC, en l'absence de procédure de mise en concurrence, les seuils concernant les coûts et frais de gestion prévus à l'article 13 s'appliquent.

⁽²⁰⁾ En ce qui concerne les programmes relevant de la CTE, il s'agit de l'État membre dans lequel l'autorité de gestion est située.

Lors de la désignation d'une institution financière internationale (à l'exception de la BEI et du FEI), les autorités de gestion doivent s'assurer que l'institution respecte les critères de sélection énumérés à l'article 7, paragraphes 1 et 2, du RDC.

À la suite de l'attribution de tâches liées à la mise en œuvre d'un fonds de fonds à une institution financière internationale par une autorité de gestion, l'institution financière internationale peut sélectionner des intermédiaires financiers chargés de mettre en œuvre les instruments financiers. La sélection des intermédiaires financiers par les institutions financières internationales s'effectuera conformément aux règles de l'institution financière internationale.

En outre, conformément à l'article 7, paragraphe 3, du RDC, lorsque l'institution financière internationale confie à son tour des tâches de mise en œuvre à des intermédiaires financiers, la sélection doit respecter les exigences spécifiques énoncées dans cette disposition (voir point 3.7 ci-dessous).

Conclusion:

Les autorités de gestion peuvent conclure directement avec une institution financière internationale dont l'État membre est membre, c'est-à-dire sans procédure de mise en concurrence⁽²¹⁾, des mandats pour la gestion des instruments financiers, si les tâches confiées relèvent de la mission statutaire de l'institution.

3.5. Attribution d'un marché en interne

Le seul fait que les deux parties à un accord soient elles-mêmes des autorités publiques n'exclut pas l'application des règles relatives aux marchés publics.

Toutefois, l'application des règles relatives aux marchés publics ne doit pas entraver la liberté des autorités publiques d'exécuter les tâches de service public qui leur sont confiées en utilisant leurs propres ressources, ce qui inclut la possibilité de recourir à la prestation de services en interne.

Dans ce contexte, une autorité de gestion peut envisager de confier la mise en œuvre d'un instrument financier à une entité interne⁽²²⁾. Cette possibilité est également ouverte aux organismes intermédiaires et aux organismes chargés de la mise en œuvre de fonds de fonds qui sont des pouvoirs adjudicateurs, pour autant que les conditions énoncées ci-dessous soient respectées.

Avant l'adoption de la directive 2014/24/UE, les conditions qui régissaient la conclusion de contrats directement avec des entités détenues et contrôlées par un pouvoir adjudicateur («entités internes») étaient définies par la jurisprudence.

Les conditions dans lesquelles une telle attribution directe est possible ont ensuite été définies et élargies par la directive 2014/24/UE. Le respect de ces conditions doit être évalué attentivement au cas par cas.

Lors de la désignation d'une entité interne, le respect des conditions prévues à l'article 7 du RD doit également être assuré.

3.5.1. Conditions régissant l'attribution à une entité interne jusqu'à ce que la directive 2014/24/UE soit transposée, ou jusqu'au 18 avril 2016 si cette date est antérieure

Conformément à la jurisprudence, si une autorité publique qui est un pouvoir adjudicateur décide de ne pas exécuter les tâches d'intérêt public qui lui incombent par ses propres moyens, administratifs, techniques et autres, elle peut attribuer directement l'exécution de ces tâches à d'autres entités lorsque: i) celles-ci sont détenues à 100 % par le secteur public; ii) l'autorité publique exerce sur l'entité concernée un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services; et iii) ces entités réalisent l'essentiel de leurs activités pour le pouvoir adjudicateur ou les pouvoirs adjudicateurs qui les contrôlent.

3.5.1.1. Condition concernant la propriété publique intégrale

En ce qui concerne le premier critère, l'entité doit être détenue à 100 % par le secteur public.

3.5.1.2. Condition concernant le contrôle analogue

Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Ce contrôle peut être exercé individuellement ou conjointement⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Comme le prévoit l'article 13, paragraphe 6, du RDC, en l'absence de procédure de mise en concurrence, les seuils concernant les coûts et frais de gestion prévus à l'article 13 s'appliquent.

⁽²²⁾ Pour autant que les conditions de l'attribution en interne soient remplies, celle-ci permet l'attribution directe d'un marché aux institutions financières établies dans un État membre poursuivant des objectifs d'intérêt public sous le contrôle d'une autorité publique visées à l'article 38, paragraphe 4, point b) ii), du RDC et à des organismes de droit public ou de droit privé visés à l'article 38, paragraphe 4, point b) iii), du RDC.

⁽²³⁾ Il est difficile d'envisager une configuration dans laquelle un pouvoir adjudicateur contrôlerait effectivement une entité interne sans détenir, ne serait-ce que partiellement, cette entité.

Notion de pouvoir adjudicateur

Le contrôle doit être exercé par des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2014/24/UE, tels qu'énumérés à l'annexe I de ladite directive. La condition d'un contrôle effectif est donc remplie, par exemple, lorsqu'un service d'un ministère souhaite attribuer un marché à une entité interne de l'État et qu'un contrôle effectif est exercé par un autre service du même ministère à travers une participation aux structures de gouvernance de l'entité. En revanche, elle n'est pas remplie, par exemple, dans les situations suivantes:

- lorsqu'un ministère central souhaite attribuer un marché à une entité interne de l'État et qu'un contrôle effectif est exercé par un autre ministère central à travers une participation aux structures de gouvernance de l'entité,
- lorsqu'un ministère régional souhaite attribuer un marché à une entité interne de l'État et qu'un contrôle effectif est exercé par un ministère central à travers une participation aux structures de gouvernance de l'entité.

Contrôle analogue

Selon une jurisprudence constante⁽²⁴⁾, il existe un «contrôle analogue» lorsque l'entité en cause est soumise à un contrôle permettant au pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ladite entité. Le pouvoir adjudicateur n'a pas besoin d'exercer son influence décisive dans la pratique, il suffit qu'il ait la possibilité de l'exercer.

Il doit s'agir d'une possibilité d'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité⁽²⁵⁾. En d'autres termes, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure d'exercer sur cette entité un contrôle structurel et fonctionnel, ce qui n'exige pas nécessairement un contrôle opérationnel au jour le jour⁽²⁶⁾.

La condition du contrôle analogue est remplie lorsque le pouvoir adjudicateur participe au conseil de surveillance ou d'administration de l'entité (une banque de développement par exemple) et a la possibilité d'exercer une influence décisive tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité.

Pour apprécier si le pouvoir adjudicateur peut exercer une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de l'entité, la Cour de justice examine: i) la présence éventuelle d'une participation privée dans le capital de l'entité; ii) la composition de ses organes de décision; et iii) l'étendue des pouvoirs reconnus à son conseil d'administration⁽²⁷⁾.

Conformément à la jurisprudence de la CJUE, la participation, fût-elle minoritaire, d'une entreprise privée dans le capital d'une société à laquelle participe également un pouvoir adjudicateur exclut que ce pouvoir adjudicateur puisse exercer sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services⁽²⁸⁾.

Toutefois, la circonstance que le pouvoir adjudicateur détient, seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs adjudicateurs, la totalité du capital d'une entité tend à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerce sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services⁽²⁹⁾.

Le fait que les organes de décision de l'entité sont composés de représentants des pouvoirs adjudicateurs qui la détiennent indique que l'entité est sous le contrôle de ces pouvoirs adjudicateurs, qui sont ainsi en mesure d'exercer une influence décisive tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes de cette entité.

Il est nécessaire de vérifier l'étendue des pouvoirs reconnus au conseil d'administration pour évaluer si l'entité est orientée vers le marché et dispose d'un degré d'autonomie tel qu'il rendrait ténu le contrôle exercé par les pouvoirs adjudicateurs qui lui sont affiliés.

La forme juridique de la société doit être prise en considération, étant donné que certaines formes de sociétés peuvent poursuivre des objectifs indépendamment de leurs actionnaires.

Si, en vertu de ses statuts, l'entité a pour objet la poursuite des intérêts de ses propriétaires et ne poursuit aucun intérêt distinct de celui des pouvoirs adjudicateurs qui lui sont affiliés, il s'agit d'une indication d'un contrôle analogue à celui exercé sur les propres services du pouvoir adjudicateur.

On peut considérer que le contrôle exercé par les pouvoirs adjudicateurs, par l'intermédiaire des organes statutaires, sur les décisions de l'entité permet à ces pouvoirs d'exercer sur cette entité un contrôle analogue à celui qu'ils exercent sur leurs propres services.

⁽²⁴⁾ Affaire C-107/98, Teckal.

⁽²⁵⁾ Affaire C-458/03, Parking Brixen, points 63 à 70; affaire C-340/04, Carbotermo, point 38; affaire C-324/07, Coditel Brabant, point 28, et affaire C-573/07, Sea, point 65.

⁽²⁶⁾ Affaires C-182/11 et C-183/11, Econord/Comune di Cagno et Comune di Varese, Comune di Solbiate Comune di Varese, point 27.

⁽²⁷⁾ Affaire C-324/07, Coditel Brabant/Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, point 29.

⁽²⁸⁾ Affaire C-26/03, Stadt Halle et RPL Lochau, point 49.

⁽²⁹⁾ Affaire C-340/04, Carbotermo et Consorzio Alisei, point 37, et affaire C-295/05, Asemfo, point 57.

Ce contrôle doit être effectif⁽³⁰⁾. En effet, il ne suffit pas que le contrôle exercé consiste pour l'essentiel à la latitude que le droit des sociétés reconnaît à la majorité des associés, qui limiterait la capacité du pouvoir adjudicateur d'influencer les décisions de ces sociétés⁽³¹⁾.

Le contrôle analogue peut être exercé individuellement ou conjointement

Il n'est pas indispensable que le contrôle soit exercé individuellement: un contrôle exercé conjointement est admis. Selon la jurisprudence, en cas de recours à une entité détenue conjointement par plusieurs pouvoirs adjudicateurs, le «contrôle analogue» peut être exercé conjointement par ces derniers, sans qu'il soit indispensable que ce contrôle soit exercé individuellement par chacun d'eux. Les décisions peuvent être prises à la majorité, selon le cas⁽³²⁾.

La Cour a admis que, dans certaines circonstances, la condition relative au contrôle exercé par le pouvoir adjudicateur pouvait être remplie lorsqu'une autorité ne détenait que 0,25 % du capital d'une entreprise publique⁽³³⁾. Un contrôle analogue conjoint est possible même si le pourcentage de participation est très faible pour autant que les droits attachés à cette participation soient suffisants pour permettre aux actionnaires d'exercer conjointement un contrôle effectif⁽³⁴⁾.

Lorsque l'autorité de gestion, l'organisme intermédiaire ou l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur participe à l'organe décisionnel d'une entité détenue et contrôlée conjointement par plusieurs propriétaires publics, il convient d'évaluer s'il existe un contrôle analogue conjoint sur l'entité.

3.5.1.3. Condition concernant la réalisation d'une partie essentielle de l'activité de l'entité pour la ou les autorités publiques qui la détiennent

L'entité doit réaliser l'essentiel de ses activités pour le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent, c'est-à-dire dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par le même pouvoir adjudicateur, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du marché. La Cour de justice n'a pas, à ce jour, établi de pourcentage pouvant constituer l'essentiel de l'activité d'une entité⁽³⁵⁾.

Dans le cas où l'autorité de gestion n'est pas seule à détenir et contrôler l'entité, la condition selon laquelle l'entité doit réaliser l'essentiel de son activité pour le ou les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent est remplie même si, au moment de l'attribution du marché, l'entité interne ne réalise pas spécifiquement une des tâches qui lui ont été confiées par l'autorité de gestion dès lors que l'essentiel de l'activité de cette entité consiste en des tâches confiées par les autres autorités qui la contrôlent.

Conclusion:

L'autorité de gestion, l'organisme intermédiaire ou l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur peut donc, dans les conditions susmentionnées, confier des tâches liées à la mise en œuvre des instruments financiers à une entité détenue à 100 % par le secteur public (par exemple une banque de développement) sur laquelle il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services, à condition que cette entité réalise l'essentiel de son activité pour le pouvoir adjudicateur ou les pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent. La sélection des intermédiaires financiers par des entités internes doit respecter les règles et principes relatifs aux marchés publics dès lors que les entités internes sont elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs.

3.5.2. Conditions d'attribution à une entité interne après la transposition de la directive 2014/24/UE (article 12 de la directive 2014/24/UE) ou après le 18 avril 2016

Conformément à l'article 12 de la directive 2014/24/UE, un pouvoir adjudicateur peut attribuer un marché public à une personne morale qu'elle contrôle pour autant que les trois conditions cumulatives suivantes soient remplies.

⁽³⁰⁾ Affaire C-324/07, Coditel Brabant/Commune d'Uccle et Région de Bruxelles-Capitale, point 54.

⁽³¹⁾ Affaire C-458/03, Parking Brixen, point 69, et affaire C-340/04, Carbotermo, point 39. Dans le contexte de cette affaire, la CJUE a estimé que le contrôle n'est pas analogue à celui exercé par un pouvoir adjudicateur sur ses propres services lorsque les statuts d'une société ne réservent au pouvoir adjudicateur aucun pouvoir de contrôle ou droit de vote particulier pour restreindre la liberté d'action reconnue à un conseil d'administration auquel sont attribués les pouvoirs les plus étendus pour la gestion ordinaire et extraordinaire de la société et lorsque l'influence du pouvoir adjudicateur sur l'entité s'exerce par l'intermédiaire d'une société holding, étant donné que l'intervention d'un tel intermédiaire peut, selon les circonstances du cas d'espèce, affaiblir le contrôle éventuellement exercé par le pouvoir adjudicateur sur une société par actions du simple fait de participer à son capital.

⁽³²⁾ Voir note 30.

⁽³³⁾ Affaire C-295/05, Asemfo, points 56 à 61.

⁽³⁴⁾ Affaire C-182/11, Econord/Comune di Cagno, point 33.

⁽³⁵⁾ On peut toutefois noter que la CJUE a accepté un pourcentage de 90 % (voir l'arrêt dans l'affaire C-295/05, Asemfo, point 63).

3.5.2.1. Condition concernant la propriété de l'entité interne

La personne morale contrôlée ne peut pas comporter de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée.

Une participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage conformément aux traités désigne une participation privée résultant d'une procédure transparente et non discriminatoire ⁽³⁶⁾ conforme aux principes des traités.

Il n'est pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur faisant appel aux services d'une entité interne détienne des parts dans cette entité, pour autant que l'entité soit détenue à 100 % par le secteur public, que le pouvoir adjudicateur contrôle l'entité interne (point 3.5.2.2 ci-dessous) et que les critères d'activité (point 3.5.2.3 ci-dessous) soient remplis ⁽³⁷⁾.

3.5.2.2. Condition concernant le contrôle du pouvoir adjudicateur sur l'entité interne

Le pouvoir adjudicateur doit exercer sur la personne morale concernée un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Codifiant les critères dégagés par la jurisprudence, l'article 12, paragraphe 1, de la directive prévoit que le pouvoir adjudicateur est réputé exercer un tel contrôle s'il exerce une influence décisive à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de la personne morale contrôlée. Les indicateurs d'une influence décisive exercée par le pouvoir adjudicateur à la fois sur les objectifs stratégiques et sur les décisions importantes de l'entité visés ci-dessus au point 3.5.1.2 sont donc pertinents.

Ce contrôle peut également être exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur (article 12, paragraphe 1), ou conjointement, pour autant que les conditions énoncées à l'article 12, paragraphe 3, de la directive soient remplies ⁽³⁸⁾.

Sauf en cas de contrôle conjoint, l'attribution directe d'un marché public est également possible lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle, ou à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur, à condition que la personne morale à laquelle est attribué le marché public ne comporte pas de participation directe de capitaux privés, à l'exception des formes de participation de capitaux privés sans capacité de contrôle ou de blocage requises par les dispositions législatives nationales, conformément aux traités, qui ne permettent pas d'exercer une influence décisive sur la personne morale contrôlée (voir l'article 12, paragraphe 2, de la directive).

3.5.2.3. Condition concernant l'activité qui est exercée pour les pouvoirs adjudicateurs exerçant le contrôle

La personne morale contrôlée doit réaliser plus de 80 % de ses activités dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par le même pouvoir adjudicateur, quel que soit le bénéficiaire de l'exécution du marché. Conformément à l'article 12, paragraphe 5, de la directive 2014/24/UE, pour déterminer le pourcentage d'activités, le chiffre d'affaires total moyen ou un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché doit être pris en considération.

Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

⁽³⁶⁾ Voir affaire C-64/08, Engelmann, point 50, et affaire C825/14, UNIS, point 39, rappelant que, sans nécessairement imposer de procéder à un appel d'offres, l'obligation de transparence implique un degré de publicité adéquat permettant, d'une part, une ouverture à la concurrence et, d'autre part, le contrôle de l'impartialité de la procédure d'attribution.

⁽³⁷⁾ Il est difficile d'envisager une configuration dans laquelle un pouvoir adjudicateur contrôlerait effectivement une entité interne sans détenir, ne serait-ce que partiellement, cette entité.

⁽³⁸⁾ Aux termes de l'article 12, paragraphe 3, de la directive 2014/24/UE, le contrôle conjoint requiert que les conditions cumulatives suivantes soient remplies:

- i) les organes décisionnels de la personne morale contrôlée sont composés de représentants de tous les pouvoirs adjudicateurs participants, une même personne pouvant représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs participants ou l'ensemble d'entre eux;
- ii) ces pouvoirs adjudicateurs sont en mesure d'exercer conjointement une influence décisive sur les objectifs stratégiques et les décisions importantes de la personne morale contrôlée; et
- iii) la personne morale contrôlée ne poursuit pas d'intérêts contraires à ceux des pouvoirs adjudicateurs qui la contrôlent.

Les États membres sont autorisés à appliquer l'une ou l'autre de ces méthodes. Lorsque la méthode du chiffre d'affaires total moyen est utilisée, le chiffre d'affaires doit tenir compte de l'ensemble des activités de l'entité (par exemple banque de développement), et plus de 80 % de ce chiffre d'affaires doivent provenir des tâches qui sont confiées à l'entité par le pouvoir adjudicateur qui la contrôle ou par d'autres personnes morales contrôlées par ce pouvoir adjudicateur.

Lorsqu'une autorité de gestion ou organisme intermédiaire désigne une entité interne en tant qu'organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds et que cette entité est un pouvoir adjudicateur au sens de la directive sur les marchés publics applicable, celle-ci doit respecter les règles et principes relatifs lors de la sélection des intermédiaires financiers. En outre, conformément à l'article 7, paragraphe 3, du RDC, la sélection doit respecter les exigences spécifiques énoncées dans cette disposition (voir point 3.7 ci-dessous).

Lorsque les conditions mentionnées ci-dessus sont remplies, des tâches liées à la mise en œuvre des instruments financiers peuvent être confiées à des institutions financières établies dans un État membre poursuivant des objectifs d'intérêt public sous le contrôle d'une autorité publique visées à l'article 38, paragraphe 4, point b) ii), du RDC.

Conclusion:

Une autorité de gestion, un organisme intermédiaire ou un organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur peut conclure des contrats pour la mise en œuvre des instruments financiers directement avec des entités internes dès lors que les conditions prévues à l'article 12 de la directive 2014/24/UE sont respectées. La sélection des intermédiaires financiers par des entités internes doit respecter les règles et principes relatifs aux marchés publics si les entités internes sont elles-mêmes des pouvoirs adjudicateurs.

Exemple 1:

La région X détient 100 % d'une banque de développement régionale dont la mission, telle que définie par ses statuts, consiste à soutenir le développement économique de la région.

La région X préside le conseil de surveillance de la banque, dont la tâche est de définir les orientations stratégiques des activités de la banque et de voter le budget, les effectifs et la nomination des dirigeants de la banque.

La banque peut librement prendre des décisions de financement au jour le jour, c'est-à-dire octroyer des prêts ou des garanties aux entreprises établies dans la région qui ne relèvent pas d'une décision considérée comme «importante». Les décisions importantes (comme les décisions relatives aux stratégies de prêt, aux effectifs ou au budget) sont soumises à l'influence décisive exercée par le pouvoir adjudicateur qui contrôle la banque.

Il résulte de ces modalités que la région X exerce sur la banque un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

La région X souhaite confier à la banque de développement régionale des tâches liées à la mise en œuvre d'un instrument financier.

Étant donné qu'elle contrôle effectivement la banque, qu'elle détient en totalité, et que la banque n'exerce aucune activité commerciale autre que les tâches effectuées pour la région X, il existe entre la région X et la banque une relation de type interne qui permet à la région X de confier à la banque les tâches liées à la mise en œuvre de l'instrument financier, pour autant que la banque satisfasse aux exigences de l'article 7 du RDC.

Exemple 2:

La région X détient 1 % d'une banque de développement nationale dont la mission, telle que définie par la loi, consiste à soutenir le développement économique de l'État membre.

La région X est membre du conseil de surveillance de la banque. La banque peut librement prendre des décisions de financement au jour le jour, c'est-à-dire octroyer des prêts ou des garanties aux entreprises établies dans la région qui ne relèvent pas d'une décision considérée comme «importante». Les décisions importantes (comme les décisions relatives aux stratégies de prêt, aux effectifs ou au budget) sont toutefois soumises à l'influence décisive exercée par le pouvoir adjudicateur qui contrôle la banque. Sur la base des droits attachés à sa qualité de membre de la banque, la région X exerce sur la banque un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

Outre les tâches effectuées pour la région X, la banque exerce des activités commerciales qui représentent 15 % de son chiffre d'affaires total moyen.

En juin 2016 (la directive 2014/24/UE est applicable), la région X souhaite confier à la banque des tâches liées à la mise en œuvre d'un instrument financier. Puisqu'elle exerce un contrôle effectif sur la banque (même si elle n'en détient que 1 %) et étant donné que la banque réalise plus de 80 % de ses activités dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par ses propriétaires⁽³⁹⁾ (pourcentage calculé en fonction du chiffre d'affaires total moyen de la banque au cours des trois années précédant l'attribution du marché), il existe entre la région X et la banque une relation de type interne qui permet à la région X de confier à la banque les tâches liées à la mise en œuvre de l'instrument financier, pour autant que la banque satisfasse aux exigences de l'article 7 du RDC.

⁽³⁹⁾ En partant de l'hypothèse, pour les besoins de l'exemple, que les conditions concernant la propriété d'une entité interne prévues par la directive 2014/24/UE et rappelées ci-dessus sont remplies.

Exemple 3:

L'État détient 100 % d'une banque de développement dont la mission consiste à soutenir le développement économique de l'État membre.

Le ministère X est membre du conseil de surveillance de la banque. La banque peut librement prendre des décisions de financement au jour le jour, c'est-à-dire octroyer des prêts ou des garanties aux entreprises établies dans la région qui ne relèvent pas d'une décision considérée comme «importante». Les décisions importantes (comme les décisions relatives aux stratégies de prêt, aux effectifs ou au budget) sont toutefois soumises à l'influence décisive exercée par le pouvoir adjudicateur qui contrôle la banque et, par conséquent, le ministère X exerce sur la banque un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

Outre les tâches effectuées pour le ministère X, la banque exerce des activités commerciales qui représentent 15 % de son chiffre d'affaires total moyen.

En juin 2016 (la directive 2014/24/UE est applicable), le ministère X souhaite confier à la banque des tâches liées à la mise en œuvre d'un instrument financier. Puisqu'il exerce un contrôle effectif sur la banque et étant donné que la banque réalise plus de 80 % de ses activités dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont confiées par ses propriétaires⁽⁴⁰⁾ (pourcentage calculé en fonction du chiffre d'affaires total moyen de la banque au cours des trois années précédant l'attribution du marché), il existe entre le ministère X et la banque une relation de type interne qui permet au ministère X de confier à la banque les tâches liées à la mise en œuvre de l'instrument financier, pour autant que la banque satisfasse aux exigences de l'article 7 du RDC.

3.6. Coopération inter-administrative⁽⁴¹⁾

Une fois encore, le seul fait que les deux parties à un accord soient elles-mêmes des autorités publiques n'exclut pas l'application des règles relatives aux marchés publics.

Toutefois, l'application des règles relatives aux marchés publics ne doit pas entraver la liberté des autorités publiques d'exécuter les tâches de service public qui leur sont conférées en utilisant leurs propres ressources, ce qui inclut la possibilité de coopérer avec d'autres autorités publiques. Compte tenu de la nécessité d'éviter les distorsions de concurrence par rapport aux opérateurs économiques privés, la directive 2014/24/UE a apporté des précisions sur la coopération inter-administrative.

Dans ce contexte, une autorité de gestion, un organisme intermédiaire ou un organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur peut envisager de recourir à la coopération inter-administrative pour confier des tâches de mise en œuvre liées à un instrument financier, pour autant que les conditions régissant cette coopération soient remplies⁽⁴²⁾.

La coopération inter-administrative pour la mise en œuvre des instruments financiers peut être assurée par l'intermédiaire d'un contrat conclu entre, d'une part, l'autorité de gestion, l'organisme intermédiaire ou l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, un autre pouvoir adjudicateur contrôlant une entité détenue à 100 % par le secteur public capable de mettre en œuvre des instruments financiers (c'est-à-dire une entité interne). Il est également possible qu'un accord de financement soit conclu directement entre l'autorité de gestion, l'organisme intermédiaire ou l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur et le pouvoir adjudicateur chargé de la mise en œuvre de l'instrument financier. Le contrat/l'accord de financement doit prévoir les modalités de rémunération de l'organisme chargé de la mise en œuvre de l'instrument financier⁽⁴³⁾.

En cas de recours à la coopération inter-administrative, l'autorité de gestion, l'organisme intermédiaire ou l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur doit garantir le respect des dispositions de l'article 7, paragraphes 1 et 2, du RDC.

⁽⁴⁰⁾ En partant de l'hypothèse, pour les besoins de l'exemple, que les conditions concernant la propriété d'une entité interne prévues par la directive 2014/24/UE et rappelées ci-dessus sont remplies.

⁽⁴¹⁾ Pour autant que les conditions de la coopération inter-administrative soient remplies, celle-ci permet l'attribution directe d'un marché aux institutions financières établies dans un État membre poursuivant des objectifs d'intérêt public sous le contrôle d'une autorité publique visées à l'article 38, paragraphe 4, point b) ii), du RDC et à des organismes de droit public ou de droit privé visés à l'article 38, paragraphe 4, point b) iii), du RDC.

⁽⁴²⁾ Un État membre peut également désigner un organisme intermédiaire dans le cadre de la coopération inter-administrative. Cet organisme intermédiaire peut alors confier des tâches liées à la mise en œuvre d'un instrument financier par l'intermédiaire de la coopération inter-administrative ou à une entité interne.

⁽⁴³⁾ Lorsqu'un contrat est conclu avec l'entité interne, le prix peut être payé à l'organisme chargé de la mise en œuvre de l'instrument financier soit directement par l'autorité de gestion, soit indirectement par l'intermédiaire de l'autorité publique qui coopère avec l'autorité de gestion. Dans l'affaire C-480/06, Commission/Allemagne, les services de voirie de la ville de Hambourg réservaient une capacité de 120 000 tonnes par an à quatre Landkreise, pour un prix calculé selon la même formule pour chacune des parties concernées. Ce prix était payé à l'exploitant de l'installation, cocontractant des services de voirie de la ville de Hambourg, par l'intermédiaire de ces services de voirie (voir point 5).

3.6.1. *Conditions régissant la coopération inter-administrative jusqu'à ce que la directive 2014/24/UE soit transposée, ou jusqu'au 18 avril 2016 si cette date est antérieure*

Avant l'adoption de la directive 2014/24/UE, les conditions dans lesquelles des contrats ⁽⁴⁴⁾ pouvaient être conclus entre autorités publiques (coopération inter-administrative) ne relevaient pas des règles relatives aux marchés publics et étaient définies par la jurisprudence.

La coopération inter-administrative entre autorités publiques ayant pour objet d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public qui est commune à ces dernières est autorisée en dehors du champ d'application des règles relatives aux marchés publics ⁽⁴⁵⁾. Ces règles ne s'appliquent pas pour autant que:

- la coopération inter-administrative concerne exclusivement des autorités publiques, sans la participation d'une partie privée,
- le principe de l'égalité de traitement soit respecté, de sorte qu'aucun prestataire de services privé n'est placé dans une situation privilégiée par rapport à ses concurrents ⁽⁴⁶⁾, et
- la mise en œuvre de cette coopération est uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public qui incombent aux autorités publiques ⁽⁴⁷⁾.

Il n'existe aucune jurisprudence concernant la coopération inter-administrative en rapport avec les instruments financiers. Néanmoins, des exemples dans d'autres domaines permettent d'illustrer la position de la Cour de justice sur la question de savoir si la coopération est régie uniquement par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public.

Ainsi, la Cour de justice a admis que les autorités locales ont pour objectif d'assurer la mise en œuvre d'une mission de service public lorsqu'elles coopèrent dans le secteur de l'élimination des déchets en vue de la mise en œuvre des obligations prévues par la législation de l'Union applicable en la matière ⁽⁴⁸⁾.

La Cour a également analysé la coopération entre une université et une entreprise publique de droit privé pour l'achat d'un système informatique de gestion de l'enseignement supérieur. La Cour a estimé qu'une telle coopération ne visait pas la mise en œuvre d'une mission de service public commune à l'université et à l'entreprise en cause, étant donné que cette dernière n'était pas directement chargée à l'accomplissement d'une mission de service public ⁽⁴⁹⁾.

La coopération inter-administrative aux fins de la mise en œuvre des instruments financiers requiert que les autorités coopérantes exercent des missions d'intérêt public. Tel est le cas si toutes les activités du pouvoir adjudicateur/de l'entité chargée de l'exécution des tâches sont réalisées dans le cadre d'un mandat public confié par la loi, de sorte que la mise en œuvre de l'instrument financier permette aux autorités de remplir les fonctions qui leur sont assignées par la législation de l'Union ou le droit national, comme le financement des mesures sociales ou l'octroi de financements à des catégories spécifiques de petites et moyennes entreprises (PME), ou de promouvoir le développement économique ou la recherche. La poursuite, par une autorité de gestion (un organisme intermédiaire ou un organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur), des objectifs opérationnels et des activités décrits dans un programme (plutôt que des activités de soutien telles que le développement d'outils informatiques ou la location des bureaux nécessaires pour accueillir le personnel intervenant dans la mise en œuvre des Fonds ESI) peut être considérée comme une mission d'intérêt public. Si les mêmes objectifs et activités sont poursuivis par d'autres autorités publiques, leurs activités peuvent donner lieu à une coopération inter-administrative.

La coopération entre autorités publiques doit uniquement être régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public, ce qui nécessite une analyse au cas par cas.

La rémunération versée aux fins de la mise en œuvre de l'instrument financier à l'organisme chargé de cette mise en œuvre par l'autorité de gestion, l'organisme intermédiaire ou l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur doit être équivalente à celle qui est versée par les autres autorités publiques recourant aux services de l'organisme chargé de la mise en œuvre de l'instrument financier pour les mêmes types de produits financiers en faveur des mêmes types de bénéficiaires, sous réserve du respect des dispositions réglementaires applicables en matière de coûts et frais de gestion (voir en particulier articles 12 et 13 du RDC).

⁽⁴⁴⁾ Le droit de l'Union ne contient aucune exigence formelle applicable au contrat.

⁽⁴⁵⁾ Affaire C-480/06, Commission/Allemagne, points 37 et 44 à 47, et affaire C-159/11, ASL Lecce, points 35 à 37.

⁽⁴⁶⁾ Lorsque les autorités publiques ne peuvent assurer l'intégralité des services par la coopération inter-administrative et doivent attribuer un marché à une entité privée pour la partie restante des services, elles doivent le faire dans le cadre d'une procédure de passation de marché, le cas échéant, afin de garantir l'égalité de traitement.

⁽⁴⁷⁾ Affaire C-480/06, Commission/Allemagne, points 44 à 47.

⁽⁴⁸⁾ Affaire C-480/06, Commission/Allemagne, point 37.

⁽⁴⁹⁾ Affaire C-15/13, Technische Universität Hamburg-Harburg, Hochschul-Informationssystem/Datenlotsen Informationssysteme, points 16 et 35.

Conclusion:

Jusqu'à ce que la directive 2014/24/UE soit transposée, ou jusqu'au 18 avril 2016 si cette date est antérieure, une autorité de gestion, un organisme intermédiaire ou un organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur peut, sous réserve du respect des conditions établies par la jurisprudence, conclure des accords de coopération inter-administrative avec une autorité publique qui pourrait se voir confier la mission de mettre en œuvre des instruments financiers.

3.6.2. Conditions régissant la coopération inter-administrative après la transposition de la directive 2014/24/UE ou après le 18 avril 2016

Aux termes de l'article 12, paragraphe 4, de la directive 2014/24/UE, un marché conclu exclusivement entre deux pouvoirs adjudicateurs ou plus ne relève pas du champ d'application de la directive dès lors que trois conditions sont remplies:

- i) le marché établi ou met en œuvre une coopération entre les pouvoirs adjudicateurs participants dans le but de garantir que les services publics dont ils doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun. Comme indiqué au point 3.6.1, la poursuite, par une autorité de gestion, un organisme intermédiaire ou un organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur, des objectifs opérationnels et des activités décrits dans un programme (plutôt que des activités de soutien telles que le développement d'outils informatiques ou la location des bureaux nécessaires pour accueillir le personnel intervenant dans la mise en œuvre des Fonds ESI) peut être considérée comme une mission d'intérêt public;
- ii) la mise en œuvre de cette coopération n'obéit qu'à des considérations d'intérêt public; (voir les implications exposées au point 3.6.1 ci-dessus en ce qui concerne la rémunération);
- iii) les pouvoirs adjudicateurs participants réalisent sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération. Par conséquent, la limitation ne s'applique pas à l'activité sur le marché en dehors du cadre de la coopération.

En vertu de la dernière condition, qui prévoit une limitation stricte des activités sur le marché en dehors du cadre de la coopération, les pouvoirs adjudicateurs participants doivent effectuer moins de 20 % des activités concernées par la coopération sur le marché concurrentiel.

Si les parties participant à la coopération inter-administrative ne pratiquent pas d'activités économiques ni ne se livrent à toute autre sorte de concurrence avec d'autres opérateurs du marché, la condition prévue à l'article 12, paragraphe 4, point c), est remplie puisqu'aucune activité n'est exercée sur le marché concurrentiel.

Conformément à l'article 12, paragraphe 5, de la directive 2014/24/UE, pour déterminer le pourcentage d'activités, le chiffre d'affaires total moyen ou un autre paramètre approprié fondé sur les activités tel que les coûts supportés par la personne morale ou le pouvoir adjudicateur concerné pour ce qui est des services, fournitures et travaux pendant les trois années précédant l'attribution du marché doit être pris en considération. Par définition, ce calcul n'inclut pas les activités nouvellement menées dans le cadre de la coopération, c'est-à-dire qui n'étaient réalisées par aucun des pouvoirs adjudicateurs participants avant le début de la coopération.

Lorsque, en raison de la date de création ou de début des activités de la personne morale ou du pouvoir adjudicateur concerné ou en raison d'une réorganisation de ses activités, le chiffre d'affaires, ou un autre paramètre fondé sur les activités tel que les coûts, n'est pas disponible pour les trois dernières années ou n'est plus pertinent, il suffit de montrer que le calcul des activités est vraisemblable, notamment par des projections d'activités.

La gamme des modalités contractuelles décrites ci-dessus au point 3.6.1 est également disponible ⁽⁵⁰⁾.

Conclusion:

Après la transposition de la directive 2014/24/UE, ou après le 18 avril 2016, l'autorité de gestion, l'organisme intermédiaire ou l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur peut conclure des accords de coopération inter-administrative répondant aux conditions définies par la directive avec d'autres pouvoirs adjudicateurs qui pourraient se voir confier la mission de mettre en œuvre des instruments financiers. La gamme des modalités contractuelles décrites ci-dessus au point 3.6.1 est également disponible.

⁽⁵⁰⁾ À savoir un contrat direct entre, d'une part, l'autorité de gestion, l'organisme intermédiaire ou l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur et, d'autre part, un autre pouvoir adjudicateur contrôlant une entité détenue à 100 % par le secteur public capable de mettre en œuvre des instruments financiers (c'est-à-dire une entité interne) et un contrat direct entre l'autorité de gestion, l'organisme intermédiaire et l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un fonds de fonds qui est un pouvoir adjudicateur et le pouvoir adjudicateur chargé de la mise en œuvre de l'instrument financier.

Exemple:

Le ministère de l'économie contrôle une banque de développement détenue à 100 % par le secteur public, dont la mission, définie par la loi, est d'accorder des prêts et des garanties aux PME pour soutenir l'innovation sur l'ensemble du territoire du pays.

La région Y met en œuvre un programme visant à soutenir l'innovation dans la région. Elle ne contrôle ni individuellement, ni conjointement, la banque de développement nationale. Il n'existe dès lors aucune relation de type interne entre les deux entités.

La coopération inter-administrative pourrait être possible si les conditions régissant cette coopération sont remplies:

- 1) Le contrat établissant une coopération conclu soit entre le ministère de l'économie et la région Y soit entre la banque de développement et la région Y doit viser à garantir que les services publics dont le ministère et la région Y doivent assurer la prestation sont réalisés en vue d'atteindre les objectifs qu'ils ont en commun. En ce qui concerne la région Y, il suffit que le soutien à l'innovation dans la région constitue l'un des objectifs visés par le programme.
- 2) La mise en œuvre de cette coopération ne doit obéir qu'à des considérations d'intérêt public. En particulier, la rémunération du service doit se faire aux mêmes conditions pour la région que pour le ministère. Si les produits financiers que la région demande à la banque de mettre en œuvre sont déjà fournis par la banque au ministère, la banque doit facturer les mêmes frais et honoraires à la région pour la mise en œuvre d'un instrument financier fournissant ces produits. Si les produits financiers que la région demande à la banque de mettre en œuvre ne sont pas proposés par la banque, la banque de développement nationale accepte de facturer les mêmes frais et honoraires à la région que ceux qu'elle facturerait au ministère.
- 3) Les pouvoirs adjudicateurs participants doivent réaliser sur le marché concurrentiel moins de 20 % des activités concernées par la coopération. La banque de développement nationale ne doit pas avoir fourni de financement du type concerné par la coopération (c'est-à-dire un type de produits financiers fournis à un certain type de destinataires dans un secteur donné, par exemple des fonds propres pour l'innovation ciblant les jeunes entreprises) sur le marché concurrentiel pour plus de 20 % de son chiffre d'affaires total moyen pendant les trois années précédant l'attribution du marché.

Pour autant que la banque de développement nationale remplisse les conditions de l'article 7 du RDC, la région Y peut attribuer un marché à cette banque et signer le contrat avec la banque directement.

3.7. Exigences de l'article 7 du RDC

L'article 7 du RDC fixe les critères que doit appliquer l'autorité de gestion lors de la sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers. Les dispositions de l'article 7, paragraphes 1 et 2, s'appliquent à la sélection des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers (à l'exception de la sélection de la BEI et du FEI) quel que soit le montant du marché et indépendamment de la procédure de sélection des organismes concernés (appel ouvert, procédure négociée, mise en concurrence ou attribution directe). Les dispositions de l'article 7, paragraphe 3, du RDC s'appliquent à la sélection des intermédiaires financiers par les organismes chargés de la mise en œuvre d'un fonds de fonds.

Rappelant les principes de transparence et de non-discrimination établis par le traité, l'article 7, paragraphe 2, du RDC dispose que la procédure de sélection doit être transparente, justifiée par des motifs objectifs et ne pas donner lieu à un conflit d'intérêts.

Lorsque des tâches liées à la mise en œuvre des instruments financiers sont confiées à un tiers conformément à l'une des procédures de passation de marché prévues par la directive sur les marchés publics, eu égard à l'article 7 du RDC, cette procédure doit au moins comprendre les critères de sélection et d'attribution ainsi que les éléments du cahier des charges énumérés ci-après aux points 3.7.1 à 3.7.3. En dehors de cette situation, c'est-à-dire en cas d'attribution directe d'un marché, les critères de sélection visés à l'article 7 du RDC doivent être appliqués, mais non en tant que critères de sélection et d'attribution et d'éléments du cahier des charges.

3.7.1. Critères de sélection

Les critères définis à l'article 7, paragraphe 1, points a) à f), et à l'article 7, paragraphe 2, premier alinéa, du RDC ont trait à la capacité juridique, financière, économique et organisationnelle de l'organisme à qui seront confiées des tâches liées à la mise en œuvre de l'instrument financier. L'ensemble minimal de critères de sélection suivant doit donc être appliqué.

3.7.1.1. Capacité juridique

La capacité juridique de l'organisme auquel sont confiées des tâches doit être vérifiée afin de s'assurer que l'organisme sélectionné est autorisé à exécuter les tâches liées à la mise en œuvre de l'instrument financier au titre du droit national et du droit de l'Union. La procédure de sélection doit donc vérifier l'habilitation de l'organisme concerné à effectuer les tâches d'exécution nécessaires, en application du droit de l'Union et du droit national [article 7, paragraphe 1, point a), du RDC].

3.7.1.2. Capacité économique et financière

L'organisme auquel sont confiées des tâches liées à la mise en œuvre des instruments financiers doit avoir la capacité économique et financière nécessaire pour réaliser ces tâches. Dès lors, la procédure de sélection doit vérifier que ledit organisme présente la viabilité économique et financière suffisante [article 7, paragraphe 1, point b), du RDC]. Ce caractère suffisant doit être vérifié au regard de la nature des tâches qui seront confiées à l'organisme et de leurs modalités de mise en œuvre, y compris leur durée.

3.7.1.3. Capacité organisationnelle

L'organisme chargé des tâches liées à la mise en œuvre des instruments financiers doit avoir la capacité organisationnelle nécessaire pour mettre en œuvre un instrument financier dans le cadre de la mise en œuvre du programme, à savoir:

- des capacités suffisantes pour mettre en œuvre l'instrument financier, y compris la structure organisationnelle et le cadre de gouvernance fournissant l'assurance nécessaire à l'autorité de gestion [article 7, paragraphe 1, point c), du RDC]. L'autorité de gestion doit évaluer dans quelle mesure le système mis en place par l'organisme auquel les tâches de mise en œuvre doivent être confiées est bien géré et contrôlé. Le système en place doit couvrir des aspects tels que la planification, la configuration, la communication, le suivi des progrès au regard des objectifs, la gestion des risques et les contrôles de gestion,
- un système de contrôle interne efficace et performant [article 7, paragraphe 1, point d), du RDC]. Un système de contrôle interne efficace et performant doit permettre de garantir que l'organisme chargé de la mise en œuvre de l'instrument ou des instruments financiers a mis en place un environnement de contrôle adéquat et respecte les procédures en vigueur pour l'exécution des tâches ainsi que l'évaluation, le suivi et l'atténuation des risques,
- l'utilisation d'un système comptable fournissant en temps voulu des informations exactes, complètes et fiables [article 7, paragraphe 1, point e), du RDC].

3.7.1.4. Expérience

Afin de garantir la sélection des organismes les plus appropriés pour une mise en œuvre efficace des instruments financiers, l'autorité de gestion doit tenir dûment compte de l'expérience de l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un instrument financier en ce qui concerne la mise en œuvre d'instruments financiers similaires (pas nécessairement avec le concours de l'Union) en général, ainsi que de l'expertise et de l'expérience des membres de l'équipe proposée en particulier (article 7, paragraphe 2, du RDC). Cette exigence ne doit pas empêcher la désignation d'une entité nouvellement créée, après évaluation de l'expérience des membres de l'équipe. L'évaluation de l'expérience des membres de l'équipe sera normalement un critère d'attribution puisqu'elle est pertinente en ce qui concerne l'offre (pour évaluer qui travaillera à la fourniture des services offerts) et non en ce qui concerne le soumissionnaire.

3.7.2. Critères d'attribution

La deuxième série de critères définie à l'article 7, paragraphe 2, points a) à f), du RDC a trait à l'objet du marché relatif à la mise en œuvre de l'instrument financier. L'ensemble minimal de critères d'attribution énumérés ci-dessous doit donc être appliqué. L'utilisation de la méthode du prix le plus bas ou du coût uniquement (c'est-à-dire dans le cadre des instruments financiers, les frais de gestion ou les coûts de gestion exclusivement) pour évaluer les offres soumises par des organismes chargés de la mise en œuvre des instruments financiers ne permettrait pas aux autorités de gestion d'appliquer intégralement l'ensemble minimal de critères d'évaluation. En conséquence, les autorités de gestion sélectionnant des organismes en vue de la mise en œuvre des instruments financiers doivent appliquer la méthode de l'offre économiquement la plus avantageuse pour l'évaluation des offres.

3.7.2.1. Méthodologie d'investissement

L'autorité de gestion doit évaluer les offres sur la base de la méthodologie d'investissement proposée dans l'offre des soumissionnaires en ce qui concerne la sélection des intermédiaires financiers ou des bénéficiaires finaux, le cas échéant, les conditions appliquées en ce qui concerne le soutien apporté aux bénéficiaires finaux, y compris la tarification, et, lorsque l'organisme chargé de la mise en œuvre de l'instrument financier alloue ses propres ressources financières à l'instrument financier ou en partage les risques, les mesures proposées pour rapprocher les intérêts respectifs et limiter d'éventuels conflits d'intérêts.

- Robustesse et crédibilité de la méthodologie permettant l'identification et l'évaluation des intermédiaires financiers ou des bénéficiaires finaux (selon le cas) [article 7, paragraphe 2, point a), du RDC].
- Les conditions appliquées en ce qui concerne le soutien apporté aux bénéficiaires finaux, y compris la tarification [article 7, paragraphe 2, point c), du RDC]. La tarification doit couvrir la gamme de prix pour les différents types de services et les avantages supplémentaires offerts par rapport à une transaction commerciale normale (par exemple, réduction des sûretés, facilités de remboursement en cas de difficultés de remboursement, possibilité ou non de fournir des conseils techniques et/ou financiers dans des domaines spécifiques pour les projets complexes, etc.). Lorsque le prix n'est pas déterminé au préalable par le prestataire pour un type de service donné, le mode de calcul du prix, ou un devis suffisamment détaillé, doit être fourni et communiqué.

Les termes et conditions pourraient prendre la forme d'un guide simple et indiquant la marche à suivre, destiné à aider les bénéficiaires finaux à comprendre comment ils doivent présenter leurs demandes d'investissement, quels types de services seront offerts et quel type de rémunération sera couvert par le contrat.

- Lorsque l'organisme chargé de la mise en œuvre de l'instrument financier alloue ses propres ressources financières à l'instrument financier ou en partage les risques, les mesures proposées pour rapprocher les intérêts respectifs et limiter d'éventuels conflits d'intérêts [article 7, paragraphe 2, point f), du RDC]. La création d'une structure appropriée de partage des risques et des bénéfices pour les ressources financières investies par l'organisme constituerait une mesure permettant de rapprocher effectivement les intérêts des différents investisseurs ⁽⁵¹⁾.

3.7.2.2. Capacité de mobiliser des ressources complémentaires ⁽⁵²⁾

Afin d'assurer un effet de levier maximal pour un instrument financier donné, l'un des critères à appliquer lors de la sélection de l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un instrument financier est sa capacité de mobiliser des ressources pour financer des investissements en faveur de bénéficiaires finaux en complément des contributions du programme [article 7, paragraphe 2, point d), du RDC]. L'offre doit donc être évaluée sur la base de la capacité de l'organisme de réaliser des investissements complémentaires.

3.7.2.3. Caractère complémentaire de l'activité d'investissement ⁽⁵³⁾

Afin d'assurer la valeur ajoutée de l'intervention des Fonds ESI, l'un des critères à appliquer lors de la sélection de l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un instrument financier est sa capacité à démontrer une activité supplémentaire s'ajoutant à l'activité en cours [article 7, paragraphe 2, point e), du RDC].

3.7.2.4. Niveau des coûts et frais de gestion

L'un des critères à appliquer lors de la sélection de l'offre de l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un instrument financier est le niveau des coûts et frais de gestion, qui constituent le «prix» des services fournis à l'autorité de gestion. La méthodologie proposée pour leur calcul doit être prise en considération.

3.7.3. *Éléments pour le cahier des charges*

Il est recommandé d'inclure dans le cahier des charges les conditions que les soumissionnaires doivent accepter. L'inclusion de ces conditions dans le cahier des charges n'est pas le seul moyen de garantir leur respect, mais elle permet de faire en sorte que les soumissionnaires potentiels en soient informés en amont.

Afin de garantir la possibilité de vérifier la conformité des procédures mises en place et appliquées par l'organisme chargé de la mise en œuvre de l'instrument ou des instruments financiers avec les règles en vigueur, l'organisme doit accepter d'être contrôlé par les organismes d'audit des États membres, par la Commission et par la Cour des comptes européenne [article 7, paragraphe 1, point f), du RDC]. Pour obtenir l'assurance que l'organisme accepte de se soumettre à un audit, il est recommandé que cette condition figure dans le cahier des charges de l'appel et dans l'accord de financement concerné ⁽⁵⁴⁾. Afin de garantir le respect de l'article 38, paragraphe 4, du RDC, il est également recommandé d'indiquer dans le cahier des charges que l'organisme chargé de la mise en œuvre d'un instrument financier ne doit pas être établi dans des territoires dont les tribunaux ne coopèrent pas avec l'Union en ce qui concerne l'application des normes fiscales convenues à l'échelon international et ne doit pas entretenir de relations commerciales avec des entités établies dans ces territoires et qu'il doit transposer ces obligations dans les contrats qu'il conclut avec les intermédiaires financiers choisis.

4. **Références, liens**

SEC(2011) 1169 final DOCUMENT DE TRAVAIL DES SERVICES DE LA COMMISSION concernant l'application du droit de l'Union européenne sur les marchés publics aux relations entre pouvoirs adjudicateurs («coopération public-public»)

⁽⁵¹⁾ Voir Guidance note on preferential remuneration (guide d'orientation sur la rémunération préférentielle) EGESIF_15-0030-00.

⁽⁵²⁾ L'exigence selon laquelle les soumissionnaires doivent démontrer leur capacité de mobiliser des ressources complémentaires pourrait également être un critère de sélection dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite évaluer si le soumissionnaire a levé des ressources supplémentaires par le passé et non dans le cadre de l'instrument financier dont la gestion fait l'objet de l'appel d'offres.

⁽⁵³⁾ L'exigence selon laquelle les soumissionnaires doivent démontrer le caractère complémentaire de l'activité d'investissement pourrait également être un critère de sélection dans le cas où le pouvoir adjudicateur souhaite évaluer si le soumissionnaire est en mesure de prévoir des activités d'investissement complémentaire.

⁽⁵⁴⁾ Il convient de noter que, pour ce qui est de la BEI [BEI et FEI conformément à l'article 2, paragraphe 23, du RDC], conformément à l'article 9, paragraphe 3, du RD, l'autorité de gestion doit mandater un prestataire opérant au sein d'un cadre commun mis en place par la Commission pour procéder à des vérifications. En ce qui concerne les organismes chargés de la mise en œuvre d'instruments financiers autres que la BEI, les autorités d'audit peuvent soit effectuer les audits directement soit mandater des prestataires externes à cet effet. Dans ce dernier cas, elles devront sélectionner ces prestataires dans le respect des règles et principes relatifs aux marchés publics.

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/public_public_cooperation/sec2011_1169_fr.pdf

Directive 2004/18/CE

Directive 2014/24/UE

Guidance note on preferential remuneration (guide d'orientation sur la rémunération préférentielle) EGESIF_15-0030-00
