

## ภาษาฝรั่งเศสสำหรับนักกฎหมาย (French for Lawyer)

### Contrats de la Commande Publique et Autres Contrats (Part I)<sup>\*</sup>

### สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาอื่น ๆ (ส่วนที่ 1)

Tanistnan Pakdeethammasakul<sup>\*\*</sup>

ธนิษฐนันท์ ภัคศิธรระมะสกุล

#### Abstract

France has established the Public Procurement Code in 1964 (code des marchés publics) and has been revised throughout. This code followed the EU Regulations in accordance with the Treaty on the Functioning of the European Union that focuses on being a single market allowing citizens in the member states of the European Union or the World Trade Organization to have equal rights to compete in government procurement in the State Parties with the citizens of that State Party.

In 2014, the Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement has updated the EU Regulations relating to the public procurement and has repealed the Directive 2004/18/EC on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts. This new directive sets the norms and minimum rules for member states on public procurement

---

<sup>\*</sup> วันที่รับบทความ (Received): 18 สิงหาคม 2562; วันที่แก้ไขบทความ (Revised): 30 มีนาคม 2563; วันที่ตอบรับบทความ (Accepted): 8 เมษายน 2563

<sup>\*\*</sup> นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชนทางธุรกิจ) Université de Toulouse 1 Capitole, ปัจจุบันเป็นอาจารย์ประจำสำนักวิชานิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง

Lecturer in Law, School of Law, Mae Fah Luang University

E-mail: tanistnan.p@gmail.com

to make the provision of goods and services that are socially efficient and sustainable. For example, necessary specifications for public civil work, provision of services and procurement to achieve the objectives of social sustainability. This directive sets also a minimum standard of safety methods for evaluating the quality of packaging products and recommendations for use.

In addition to setting minimum rules for procurement for sustainability, this directive has been initiated a new principle of responsibility for all line of subcontract which small to medium enterprise (SME) is able to participate effectively by forcing every section of subcontract to be responsible for respecting the basic rights, health and safety of workers and also labour laws that are currently in force. This principle is aim to correct the cases where tenders bid lower than a normal prize to award the contract due to the lack of respect for basic rights in labour that reduces the cost of the companies and it turns out that the quality of the products and works are poor.

Following the EU Directive in 2014, France has adopted the law to comply with the regulations by issuing the Ordinance relating to public procurement in 2015 and the Ordinance relating to the concession in 2016. These ordinances led to the revision of the current procurement code (Code de la commande publique, 2019) and have cancelled the original procurement code (Code des marchés publics, 1964).

This amendment was made to make the procedure easier and clearer for everyone involving in public procurement. This new code is a collection of content that purchasing power and economic entrepreneurs use in the daily life of procurement including the main rules and guidelines of the Administrative Court.

This article provides the rules related to the current public procurement law which is divided into four parts as follows:

- I. the general definition and organizations that are subject to the procurement code;
- II. the purpose of the contract within the framework of the procurement law and different types of contracts;
- III. the concession contract under the Procurement Code;

- III. the nature of the contract excludes from the Procurement Code.

**Keywords:** Public Procurement Law, Concession

### บทคัดย่อ

ประเทศฝรั่งเศสได้จัดทำประมวลกฎหมายการพัสดุขึ้นในปี ค.ศ. 1964<sup>1</sup> และมีการแก้ไขปรับปรุงมาโดยตลอด ซึ่งกฎหมายนี้สอดคล้องกับระเบียบของสหภาพยุโรปเพื่อให้เป็นไปตามสนธิสัญญาเกี่ยวกับการดำเนินงานของสหภาพยุโรป<sup>2</sup> ที่มุ่งเน้นการเป็นตลาดร่วมของประเทศสมาชิก เปิดโอกาสให้พลเมืองในรัฐสมาชิกของประชาคมยุโรปหรือองค์การการค้าโลก มีสิทธิเข้าร่วมแข่งขันในการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐในรัฐภาคีได้อย่างเท่าเทียมกับพลเมืองของรัฐภาคีนั้น<sup>3</sup>

ต่อมาในปี ค.ศ. 2014 ได้มีการแก้ไขกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างโดยระเบียบปฏิบัติของสหภาพยุโรป<sup>4</sup> และได้ยกเลิกระเบียบเดิมว่าด้วยเรื่องความร่วมมือในกระบวนการมอบสัญญาพัสดุ ซึ่งกฎเกณฑ์ที่แก้ไขใหม่นี้ได้วางบรรทัดฐานและกำหนดหลักเกณฑ์ขั้นต่ำสำหรับประเทศสมาชิกว่าด้วยเรื่องการจัดซื้อจัดจ้างโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อให้การจัดทำสัญญาการพัสดุมีประสิทธิภาพและยั่งยืนทางสังคม ยกตัวอย่างเช่น มีการกำหนดลักษณะที่จำเป็นสำหรับงานโยธาสาธารณะ การให้บริการ และการจัดหาพัสดุ เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของความยั่งยืนทางสังคม จึงมีการกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำของความปลอดภัย วิธีการประเมินคุณภาพของผลิตภัณฑ์ บรรจุภัณฑ์ ข้อเสนอการใช้งานต่าง ๆ

นอกเหนือจากการกำหนดกฎเกณฑ์ขั้นต่ำสำหรับการจัดซื้อจัดจ้างเพื่อให้เกิดความยั่งยืนแล้วนั้น ระเบียบปฏิบัติของสหภาพยุโรปได้กำหนดหลักเกณฑ์เพิ่มเติมเพื่อให้บริษัทขนาดกลางหรือขนาดย่อมสามารถเข้ามามีส่วนร่วมได้อย่างมีประสิทธิภาพผ่านการรับจ้างช่วงโดยได้ริเริ่มหลักความรับผิดชอบตลอดสายของการจ้างช่วง เพื่อให้ทุกช่วงรับผิดชอบในการเคารพสิทธิขั้นพื้นฐาน สุขภาพ และความปลอดภัยของคนทำงาน และกฎหมายแรงงานที่บังคับใช้อยู่

<sup>1</sup> Le premier Code des marchés publics français est issu du décret n° 64-729 du 17 juillet 1964

<sup>2</sup> Le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)

<sup>3</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **สัญญาทางปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2553), หน้า 496-503.

<sup>4</sup> La directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics

ณ ขณะปัจจุบัน เพราะในบางครั้งก็เกิดกรณีที่ผู้ยื่นซองประกวดราคายื่นเสนอราคาที่ต่ำกว่าปกติ อันเนื่องมาจากการไม่เคารพสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องแรงงานที่ทำให้ค่าใช้จ่ายของผู้ประกอบการทางด้านเศรษฐกิจต่ำกว่าผู้ประกอบการรายอื่นและส่งผลให้การพัสดุนั้น ๆ ไม่มีคุณภาพ

ภายหลังการออกกฎหมายของสหภาพยุโรปในปี ค.ศ. 2014 ประเทศฝรั่งเศสก็ได้ อนุวัติกฎหมายให้เป็นไปตามระเบียบดังกล่าวโดยการออกรัฐกำหนดว่าด้วยเรื่องการพัสดุในปี ค.ศ. 2015<sup>5</sup> และรัฐกำหนดว่าด้วยเรื่องสัญญาสัมปทานในปี ค.ศ. 2016<sup>6</sup> ตามลำดับ และเป็นสิ่งที่นำไปสู่การแก้ไขปรับปรุงประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ใช้บังคับในปัจจุบัน<sup>7</sup> และได้ยกเลิกประมวลกฎหมายการพัสดุที่ใช้มาดั้งเดิม<sup>8</sup>

การแก้ไขปรับปรุงนี้เป็นไปเพื่อให้การจัดซื้อจัดจ้างของภาครัฐมีความง่ายและชัดเจนมากขึ้น โดยประมวลกฎหมายฉบับนี้เป็นกรรวมเนื้อหาที่ผู้มีอำนาจจัดซื้อและผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจใช้ในชีวิตประจำวันของการจัดซื้อจัดจ้าง รวมถึงกฎเกณฑ์หลักและแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง

ในบทความฉบับนี้ผู้เขียนได้แปลกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ใช้บังคับในปัจจุบัน โดยได้แบ่งออกเป็น 4 ส่วนดังนี้

- ส่วนที่หนึ่งจะเป็นการอธิบายคำนิยามโดยทั่วไป และองค์กรที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง

- ส่วนที่สองว่าด้วยวัตถุประสงค์ของสัญญาที่อยู่ในกรอบของประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง ลักษณะของสัญญาประเภทต่าง ๆ

- ส่วนที่สามจะพูดถึงเรื่องของสัญญาสัมปทานภายใต้ประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง

- ส่วนสุดท้ายจะอธิบายถึงลักษณะของสัญญาที่มีได้ใช้กฎเกณฑ์ของการจัดซื้อจัดจ้าง

**คำสำคัญ:** กฎหมายจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ, สัมปทาน

<sup>5</sup> L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics

<sup>6</sup> L'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession

<sup>7</sup> Le Code de la commande publique (2019)

<sup>8</sup> Le Code des marchés publics (2001)

## Contrats de la Commande Publique et autres contrats

Fiche DAJ (Direction des Affaires Juridiques)

Les contrats de la commande publique (article L.2 du code de la commande publique) se divisent en deux catégories: les marchés publics, définis à l'article L.1110-1 du code de la commande publique et les contrats de concessions, définis à l'article L.1120-1 du même code.

Les marchés publics sont les marchés, les marchés de partenariat et les marchés de défense ou de sécurité, conformément à l'article L.1110-1 du code de la commande publique. Cette fiche traitera de manière générique des grandes notions applicables à ces trois contrats. Les spécificités de chacun de ces contrats sont traitées, à part entière, dans leurs propres fiches techniques publiées sur le site Internet de la direction des affaires juridiques. Tous les contrats publics conclus par les acheteurs publics ne sont pas des marchés publics ou des contrats de concession.

### 1. Les marchés publics

La notion de « marché public » recouvre les marchés classiques, les marchés de partenariat et le marchés de défense ou de sécurité<sup>9</sup>.

Les marchés publics sont soumis aux principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures<sup>10</sup>.

Un marché consiste en un contrat, conclu à titre onéreux entre un acheteur public ou privé et un opérateur économique, portant sur la réalisation de travaux, l'achat de fournitures ou la réalisation d'une prestation de services répondant aux besoins de l'acheteur<sup>11</sup>.

---

<sup>9</sup> Article L.1110-1 du code de la commande publique.

<sup>10</sup> Article L.3 du code de la commande publique; Cons. const., déc. n° 2003-473 DC, 26 juin 2003, Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit.

<sup>11</sup> Article L.1111-1 du code de la commande publique. Pour les marchés de partenariat, se rapporter à l'article L.1112-1 du code et pour les marchés de défense ou de sécurité, à l'article L.1113-1 du code.

### **1.1 Les marchés publics relevant du champ d'application du code de la commande publique et passés par des personnes morales de droit public sont des contrats administratifs**

L'article L.6 du code de la commande publique dispose que les contrats de la commande publique, dont les marchés publics, relevant de son champ d'application et conclus par les personnes morales de droit public, sont des contrats administratifs.

La définition de marché public suppose l'existence d'un contrat. À l'inverse, la dévolution strictement unilatérale ne peut être qualifiée de marché public. En effet, l'investiture par voie unilatérale d'un opérateur, même pour accomplir une mission d'intérêt général, n'implique pas de lien contractuel<sup>12</sup>.

Afin de déterminer l'existence d'un tel acte unilatéral, il convient de vérifier si cet acte manifeste le fait d'imposer à un opérateur des conditions qui se départissent sensiblement des conditions normales de l'offre commerciale de l'opérateur économique. Pour déterminer en pratique si cet opérateur est ou non en capacité de négocier le contenu de ses missions, la Cour de justice de l'Union européenne énumère deux conditions<sup>13</sup> cumulatives:

- l'absence de capacité de négocier le contenu concret des prestations ainsi que les tarifs applicables;
- et l'absence de faculté de se libérer des obligations découlant de l'accord, moyennant le respect du préavis prévu par celui-ci.

Dans cette hypothèse, cette dévolution unilatérale s'apparenterait à un simple transfert de compétences.

---

<sup>12</sup> CE, 13 juillet 2007, Commune de Rosny-sous-Bois, n° 299207 et cons. 34 de la directive 2014/24/UE relative à la passation des marchés publics.

<sup>13</sup> CJUE, 18 décembre 2007, Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia contre Administracion General del Estado (Correos), Aff. C-220/06, pt. 55; Concl. J. MAZAK sous CJUE, 8 mai 2013, Éric Libert et autres contre Gouvernement flamand et All projects & Developments NV e.a. contre Vlaamse Regering, Aff. C-197/11 et C-203/11; voir également Rép. min. n° 41108, JOAN, 22 décembre 2015, p. 10525.

Ainsi, les règles de la commande publique et les principes en matière de passation des marchés ne trouvent pas à s'appliquer pour de telles dévolutions unilatérales.

## **1.2 Les marchés publics sont des contrats passés entre un acheteur public ou privé soumis au code de la commande publique et un opérateur économique**

Un marché public est un contrat conclu entre un acheteur public ou privé et un opérateur économique public ou privé.

### **1.2.1 Les acheteurs publics ou privés**

Les définitions des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices sont traitées dans la fiche technique « les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices ».

Les pouvoirs adjudicateurs sont les personnes morales de droit public tels que, par exemple, l'État et ses établissements publics administratifs et industriels et commerciaux, les collectivités territoriales et leurs établissements publics locaux, les groupements d'intérêts publics, etc.

Sont aussi pouvoirs adjudicateurs les « personnes morales de droit privé » qui ont été créées pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et dont:

« a) Soit l'activité est financée majoritairement par un pouvoir adjudicateur;

« b) Soit la gestion est soumise à un contrôle par un pouvoir adjudicateur;

« c) Soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par un pouvoir adjudicateur »<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> 2° de l'article L.1211-1 du code de la commande publique. Cette définition recouvre l'ancienne notion « d'organisme de droit public » employée par le code des marchés publics de 2006 et l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Le terme de « droit public » était en effet source de confusion dès lors que le droit de l'Union européenne considère que les qualifications nationale son inopérantes pour apprécier la nature d'un organisme

De même, on intègre dans cette définition les organismes de droit privé qui ont été constitués par des pouvoirs adjudicateurs dans l'objectif de réaliser certaines activités en commun<sup>15</sup>.

Enfin, les entités adjudicatrices sont les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux<sup>16</sup>, les « entreprises publiques »<sup>17</sup> qui exercent une des activités d'opérateur de réseau, et les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice d'une des activités d'opérateur de réseaux et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer cette activité<sup>18</sup>.

### 1.2.2 L'opérateur économique

L'opérateur économique est toute personne physique ou morale, publique ou privée, ou tout groupement de personnes, doté ou non de la personnalité morale, qui offre sur le marché la réalisation de travaux ou d'ouvrages, la fourniture de produits ou la prestation de services<sup>19</sup>.

Le candidat est l'opérateur économique qui demande à participer ou est invité à participer à une procédure de passation d'un marché public<sup>20</sup>.

---

au regard du droit des marchés publics: CJUE, 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, Aff. C-470/99.

<sup>15</sup> 3° de l'article L.1211-1 du code de la commande publique.

<sup>16</sup> Dans les secteurs de l'énergie (gaz, chaleur, électricité, etc.), de l'eau, des transports et des services postaux.

<sup>17</sup> Au sens de l'article L.1212-2 du code de la commande publique, une entreprise publique est « tout organisme doté de la personnalité juridique qui exerce des activités de production ou de commercialisation de biens ou de services marchands et sur lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs exercent, directement ou indirectement, une influence dominante en raison de la propriété de l'entreprise, de la participation financière ou des règles qui la régissent ».

<sup>18</sup> Article L.1212-2 du code de la commande publique.

<sup>19</sup> Article L.1220-1 du code de la commande publique.

<sup>20</sup> Article L.1220-2 du code de la commande publique.



Le soumissionnaire est l'opérateur économique qui présente une offre dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public<sup>21</sup>.

### 1.2.2.1 L'opérateur économique, personne privée

Le considérant 14 de la directive 2014/24/UE précise que la notion d'opérateur économique doit être interprétée de manière extensive, de sorte que des sociétés, des succursales, des filiales, des associations, des sociétés coopératives, des sociétés anonymes, des universités, qu'elles soient publiques ou privées, ainsi que d'autres formes d'entités que les personnes physiques, devraient toutes relever de la notion d'opérateur économique, qu'il s'agisse ou non de « personnes morales », en toutes circonstances.

Cette interprétation large de la notion d'opérateur économique reprend la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui considère que toute activité consistant à offrir des biens et des services sur un marché donné revêt un caractère économique<sup>22</sup> et que « toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » doit être considérée comme entreprise.

#### ➤ La notion d'opérateur économique est d'interprétation large

À titre d'illustration, les associations sont considérées comme des opérateurs économiques. À cet égard, la circonstance qu'elles ne poursuivent pas de but lucratif et qu'elles puissent proposer des prix sensiblement inférieurs à ceux d'autres opérateurs est sans incidence sur le caractère économique de l'activité ou de l'opérateur<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> Article L.1220-3 du code de la commande publique.

<sup>22</sup> CJUE, 12 septembre 2000, Pavel Pavlov e.a. contre Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten, Aff. C-180/98; CJUE, 25 octobre 2001, Firma Ambulanz Glöckner contre Landkreis Südwestpfalz, Aff. C-475/99.

<sup>23</sup> CJUE, 29 novembre 2007, Commission contre République italienne, Aff. C-119/06.

La notion d'opérateur économique peut donc comprendre des organismes qui ne poursuivent pas une finalité lucrative et n'ont pas de structure d'entreprise<sup>24</sup>.

➤ La notion d'activité non-économique est interprétée strictement

Pour clarifier la distinction entre activités économiques et activités non économiques, la CJUE a jugé de façon constante que constitue une activité économique toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné<sup>25</sup>.

Cette définition extensive de la notion d'activité économique est reprise en droit national et recouvre ainsi toute offre de biens ou de services sur un marché, quel que soit le secteur d'activité concerné, sans que puisse y faire obstacle la circonstance que l'activité soit de nature sociale ou que l'entité qui l'exerce ne poursuive pas un but lucratif.

La question de savoir s'il existe un marché pour des services déterminés peut dépendre de la manière dont ces services sont organisés dans l'État membre concerné<sup>26</sup> et peut donc varier d'un État membre à un autre. En outre, la qualification d'une activité donnée peut varier dans le temps en fonction de choix politiques ou d'une évolution économique. Ce qui ne constitue pas une activité économique aujourd'hui peut le devenir demain et inversement.

Le caractère non économique de certaines activités a été reconnu de manière très limitative.

---

<sup>24</sup> CJUE, 23 décembre 2009, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) contre Regione Marche, Aff. C-305/08.

<sup>25</sup> CJUE, 16 décembre 2010, AceaElectrabel Produzione SpA contre Commission européenne, Aff. C-480/09 P.

<sup>26</sup> CJUE, 16 juin 1987, Commission des Communautés européennes contre République italienne, Aff. 118/85.

● En règle générale, à moins que l'État membre concerné n'ait décidé d'introduire des mécanismes de marché, les activités qui font intrinsèquement partie des prérogatives de puissance publique et qui sont exercées par l'État ne constituent pas des activités économiques. Il en est par exemple ainsi des activités suivantes:

- a) l'armée ou la police<sup>27</sup>;
- b) la sécurité et le contrôle de la navigation aérienne<sup>28</sup>;
- c) le contrôle et la sécurité du trafic maritime<sup>29</sup>;
- d) la surveillance antipollution<sup>30</sup>;
- e) l'organisation, le financement et l'exécution des peines d'emprisonnement<sup>31</sup>;
- f) la valorisation et la revitalisation de terrains publics par des autorités publiques<sup>32</sup>;
- g) la collecte de données à utiliser à des fins publiques sur la base d'une obligation légale pour les entreprises concernées de communiquer de telles données<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> Décision de la Commission du 7 décembre 2011 concernant l'aide d'État SA. 32820 (2011/NN) Royaume-Uni - Aid to Forensic Science Services (disponible uniquement en anglais).

<sup>28</sup> CJUE, 19 janvier 1994, SAT Fluggesellschaft mbH contre Eurocontrol, Aff. C-364/92.

<sup>29</sup> Décision de la Commission du 16 octobre 2002 concernant l'aide d'État N 438/02 Belgique - Subventions aux régies portuaires pour l'exécution de missions relevant de la puissance publique (JO C 284 du 22 novembre 2002, page 2).

<sup>30</sup> CJUE, 18 mars 1997, Diego Cali & Figli Srl contre Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG), Aff. C-343/95.

<sup>31</sup> Décision de la Commission du 19 juillet 2006 concernant l'aide d'État N 140/06 Lituanie - Subventions aux entreprises publiques opérant dans les établissements pénitentiaires.

<sup>32</sup> Décision de la Commission du 27 mars 2014 relative à l'aide d'État SA.36346 Allemagne GRW land development scheme for industrial and commercial use (disponible uniquement en allemand et en anglais).

<sup>33</sup> CJUE, 12 juillet 2012, Compass-Datenbank GmbH contre Republik Österreich, Aff. C-138/11.

- Ont également été qualifiées d'activités non-économiques les régimes de sécurité sociale obligatoire. Les régimes de sécurité sociale fondés sur le principe de solidarité qui ne relèvent pas d'une activité économique présentent généralement les caractéristiques suivantes:
  - a) l'affiliation au régime est obligatoire<sup>34</sup> ;
  - b) le régime a un objectif exclusivement social<sup>35</sup> ;
  - c) le régime est à but non lucratif<sup>36</sup> ;
  - d) les prestations versées sont indépendantes du montant des cotisations<sup>37</sup> ;
  - e) le montant des prestations versées n'est pas nécessairement proportionnel aux revenus de l'assuré<sup>38</sup> ;
  - f) et le régime est soumis au contrôle de l'État<sup>39</sup> .
  
- Les hôpitaux publics font partie intégrante d'un service de santé national et leur fonctionnement repose presque intégralement sur le principe de solidarité<sup>40</sup> . Ces hôpitaux sont financés directement par les cotisations de sécurité sociale et d'autres ressources d'État et fournissent leurs services

---

<sup>34</sup> CJUE, 17 février 1993, Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, Aff. C-159/91 et C-160/91.

<sup>35</sup> CJUE, 22 janvier 2002, Cisl di Battistello Venanzio & C. Sas contre Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), Aff. C-218/00.

<sup>36</sup> CJUE, 16 mars 2004, AOK Bundesverband, Aff.C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01.

<sup>37</sup> CJUE, 17 février 1993, Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, Aff. C-159/91 et C-160/91.

<sup>38</sup> CJUE, 22 janvier 2002, Cisl di Battistello Venanzio & C. Sas contre Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL), Aff. C-218/00.

<sup>39</sup> CJUE, 17 février 1993, Christian Poucet contre Assurances générales de France et Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon, Aff. C-159/91 et C-160/91.

<sup>40</sup> CJUE, 11 juillet 2006, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes, Aff. C-205/03 P.

gratuitement sur la base d'une couverture universelle<sup>41</sup>. Les juridictions de l'Union ont confirmé que lorsqu'une telle structure existe, les organismes en question n'agissent pas en qualité d'entreprises<sup>42</sup>.

- L'enseignement public organisé dans le cadre du système d'éducation nationale financé et supervisé par l'État peut être considéré comme une activité non économique. La Cour de justice a ainsi jugé que l'État: « en établissant et en maintenant un tel système d'enseignement public, financé en règle générale par le budget public et non par les élèves ou leurs parents, [...] n'entendait pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplissait sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population »<sup>43</sup>.

- L'organisation de certaines activités ayant trait à la culture, au patrimoine et à la protection de la nature, compte tenu de la spécificité de celles-ci, peut ne pas revêtir de caractère commercial et, de ce fait, ces activités peuvent être de nature non économique. Leur financement public peut donc ne pas constituer une aide d'État. La Commission considère que le financement public d'une activité ayant trait à la culture ou à la conservation du patrimoine accessible au public gratuitement remplit une mission purement sociale et culturelle qui n'est pas de nature économique. De même, le fait que les visiteurs d'une institution culturelle ou les participants à une activité culturelle ou de conservation du patrimoine ouverte au grand public, y compris de protection de la nature, doivent acquitter une contribution financière qui ne couvre qu'une partie des coûts réels ne modifie pas la nature non économique

---

<sup>41</sup> En fonction des caractéristiques générales du système, la perception de montants ne couvrant qu'une fraction limitée du coût réel du service peut ne pas affecter sa qualification en tant que régime non économique.

<sup>42</sup> CJUE, 11 juillet 2006, Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) contre Commission des Communautés européennes, Aff. C-205/03.

<sup>43</sup> CJUE, 11 septembre 2007, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne, Aff. C-318/05.

de cette activité, car ces contributions ne sauraient être considérées comme une véritable rémunération pour le service fourni.

- De plus, de nombreuses activités culturelles ou de conservation du patrimoine sont objectivement non substituables (la gestion d'archives publiques détenant des documents uniques, par exemple) et, de ce fait, elles excluent l'existence d'un véritable marché. La Commission européenne considère que ces activités pourraient également être considérées comme ne revêtant pas de caractère économique.

- Il convient de distinguer entre les fonctions d'organisation de ces missions et les fonctions d'exercice des missions. La jurisprudence de la Cour citée ci-dessus porte sur l'organisation même de ses missions. Il n'en demeure pas moins que lorsque la personne publique, après avoir organisé le service ou les missions, souhaite en déléguer l'exercice à un tiers, moyennant rémunération ou souhaite acquérir de façon onéreuse, des prestations ou des fournitures, lui permettant d'exercer elle-même ses missions, elle intervient alors comme cliente sur un marché de nature économique.

- La communication de la Commission relative à la notion d'aide d'État visée à l'article 107 paragraphe 1 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) détaille les éléments sur lesquels se fonde l'Union européenne pour déterminer le caractère économique ou non des activités ci-dessus rappelées.

### 1.2.2.2 L'opérateur économique, personne publique

La conclusion d'un marché public peut se faire tout aussi bien avec une personne privée qu'avec une personne publique<sup>44</sup>. Sous réserve que le contrat conclu entre les entités appartenant au secteur

---

<sup>44</sup> Voir en ce sens CE, avis 7/5 SSR, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, n° 222208; CE, 10 juillet 2009, Département de l'Aisne, n° 324156.

public ne soit pas qualifié de « quasi-régie » ou de « coopération public-public »<sup>45</sup>, des marchés publics sont conclus entre personnes publiques en application des règles du code de la commande publique.

### 1.2.2.3 Le cas particulier du mandat

Un contrat conclu entre deux personnes privées non soumises au code de la commande publique ne peut être qualifié de marché public. Néanmoins, dans l'hypothèse où une personne privée agit sur le fondement d'un mandat (express ou tacite) délivré par un acheteur soumis au code, elle doit respecter les règles posées par ce code<sup>46</sup>. Il convient par ailleurs de relever que les contrats de mandat conclus par l'acheteur à titre onéreux sont des marchés publics<sup>47</sup>.

### 1.2.2.4 Le cas particulier des contrats subventionnés

L'article L. 2100-2 du code de la commande publique prévoit que les personnes de droit privé qui ne sont pas des acheteurs soumettent néanmoins les contrats qu'elles concluent avec des tiers, aux règles du code, à l'exception de ses chapitres I<sup>er</sup><sup>48</sup>, II<sup>49</sup>, III<sup>50</sup> du livre I de la deuxième partie et du chapitre VI du titre IX du même livre I, lorsque les conditions suivantes sont cumulativement réunies:

- ce contrat est subventionné directement à plus de 50 % par un pouvoir adjudicateur soumis au code. La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion de préciser ce que recouvre le terme « subventionné », qui doit être entendu de manière large. En effet, il comprend toutes les participations financières directes des pouvoirs adjudicateurs dans le contrat que la personne privée entend conclure et peut aussi inclure des

---

<sup>45</sup> Voir la fiche technique « Les contrats conclus entre entités appartenant au secteur public ».

<sup>46</sup> CE, 28 juillet 1995, Préfet de la Région Île-de-France, n° 143438.

<sup>47</sup> CE, 5 mars 2003, Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres, n° 233372.

<sup>48</sup> Articles L.2191-2 à L.2191-8 relatifs à l'exécution financière des marchés publics.

<sup>49</sup> Articles L.2192-10 à L.2192-15 relatifs aux modalités de facturation et de paiement.

<sup>50</sup> Articles L.2193-1 à L.2193-14 relatifs à la sous-traitance.

mesures de financement indirectes comme les allègements fiscaux. Le fait que cette participation financière soit prévue par un texte ou découle de la libre volonté des pouvoirs adjudicateurs concernés est sans incidence<sup>51</sup>.

- la valeur estimée hors taxe du contrat est supérieure aux seuils européens publiés au journal officiel de la République française (JORF);

- l'objet du contrat relève des activités de génie civil ou des travaux de construction relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires ainsi qu'aux bâtiments à usage administratif ou de prestations de services liés à ces travaux.

Ainsi, les personnes de droit privé devront procéder à des mesures de publicité et de mise en concurrence pour ces contrats. Le pouvoir adjudicateur qui octroie les subventions est chargé de veiller au respect des dispositions des livres Ier, II, III et V de la deuxième partie législative du code de la commande publique.

## คำแปลภาษาไทย

### **สัญญาจัดซื้อจัดจ้างและสัญญาอื่น ๆ**

เอกสารกรมการกฎหมาย กระทรวงเศรษฐกิจ การเงินและอุตสาหกรรม

สัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (les contrats de la commande publique) (มาตรา L. 2 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง) แบ่งออกเป็นสองประเภท ประเภทแรกคือสัญญาพัสดุ (les marchés publics) ตามมาตรา L. 1110-1 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง และประเภทที่สองคือสัญญาสัมปทานตามมาตรา L. 1120-1 แห่งประมวลกฎหมายฉบับเดียวกัน

สัญญาพัสดุนี้ ได้แก่ สัญญาพัสดุ (marchés) สัญญาร่วมทุนระหว่างรัฐกับเอกชน (marchés de partenariat) และสัญญาพัสดุสำหรับการป้องกันประเทศหรือความมั่นคง (marchés de défense ou de sécurité) บัญญัติไว้ในมาตรา L. 1110-1 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง โดยเอกสารฉบับนี้จะอธิบายหลักใหญ่ ๆ ที่บังคับใช้กับสัญญา 3 ประเภทนี้ ซึ่ง

---

<sup>51</sup> CJUE, 26 septembre 2013, République française contre Commission européenne, Aff. C-115/12 P, points 42 à 49.



สัญญาแต่ละประเภทจะอธิบายไว้ในเอกสารเฉพาะที่ได้เผยแพร่ไว้บนเว็บไซต์ของกรมการกฎหมาย กระทรวงเศรษฐกิจ การเงินและอุตสาหกรรม (Direction des affaires juridiques) มิใช่สัญญาภาครัฐทุกฉบับที่ลงนามโดยผู้จัดซื้อจัดจ้างภาครัฐจะเป็นสัญญาพัสดุหรือสัญญาสัมปทาน

## 1. สัญญาพัสดุ

ข้อความคิดของการพัสดุครอบคลุมถึงการพัสดุทั่วไป สัญญาร่วมทุน และสัญญาพัสดุสำหรับการป้องกันประเทศและความมั่นคง<sup>52</sup>

การพัสดุเหล่านี้ต้องอยู่ภายใต้หลักเสรีภาพในการเข้าถึงการจัดซื้อจัดจ้าง (Principe de liberté d'accès à la commande publique) หลักความเสมอภาคในการปฏิบัติต่อผู้เสนอราคา (Principe d'égalité de traitement des candidats) และหลักความโปร่งใสของกระบวนการ (Principe de transparence des procédures)

การพัสดุประกอบด้วยสัญญาที่มีประโยชน์ตอบแทน (à titre onéreux) ทำขึ้นระหว่างผู้จัดซื้อภาครัฐหรือเอกชน (un acheteur public ou privé) กับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (un opérateur économique) เพื่อการก่อสร้าง (la réalisation de travaux) จัดซื้อสิ่งของ (l'achat de fournitures) หรือการให้บริการ (la réalisation d'une prestation de services) เพื่อตอบสนองความต้องการของผู้จัดซื้อ (besoins de l'acheteur)

### 1.1 การพัสดุที่ตกอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง และจัดทำโดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นสัญญาทางปกครอง

มาตรา L. 6 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างบัญญัติว่า สัญญาจัดซื้อจัดจ้างประเภทการพัสดุที่อยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างและได้จัดทำโดยนิติบุคคลในกฎหมายมหาชนเป็นสัญญาทางปกครอง

นิยามของการพัสดุนี้แสดงถึงการมีอยู่ของสัญญา ในทางกลับกัน การโอนอำนาจฝ่ายเดียวไม่เป็นสัญญา เนื่องจากการโอนอำนาจฝ่ายเดียวให้แก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจในการจัดทำบริการสาธารณะไม่แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ของคู่สัญญา

ในการที่จะระบุว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวหรือไม่นั้นจำเป็นที่จะต้องดูว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นการกำหนดให้ผู้ประกอบการต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขที่เกินกว่าเงื่อนไขปกติทั่วไปในทางการค้าของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจหรือไม่ ในทางปฏิบัติจะพิจารณาว่าผู้ประกอบการนั้นมีความสามารถในการเจรจาต่อรองเนื้อหาของภาระหน้าที่นั้นได้หรือไม่ โดยศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้แจกแจงเงื่อนไขสองอย่างที่ต้องใช้ประกอบกันไว้ดังนี้

<sup>52</sup> มาตรา L. 1110-1 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง

- ขาดความสามารถในการเจรจาต่อรองเกี่ยวกับเนื้อหาการให้บริการ รวมถึงการต่อรองด้านราคา

- ไม่สามารถปลดปล่อยตนเองจากมูลหนี้ที่เกิดขึ้นจากข้อตกลง และการบอกกล่าวล่วงหน้า ที่กำหนดโดยข้อตกลงนี้

ในสมมติฐานนี้ การโอนอำนาจฝ่ายเดียวจะมีลักษณะเป็นเพียงการถ่ายโอน อำนาจหน้าที่

และกฎเกณฑ์ในการจัดซื้อจัดจ้างและหลักการต่าง ๆ ในการทำสัญญาพัสดุ จะไม่บังคับใช้กับการโอนอำนาจฝ่ายเดียว

**1.2 การพัสดุเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้จัดซื้อภาครัฐหรือเอกชนตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างฝ่ายหนึ่งกับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจอีกฝ่ายหนึ่ง**

การพัสดุเป็นสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างผู้จัดซื้อภาครัฐหรือเอกชนฝ่ายหนึ่งกับผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจทางมหาชนหรือเอกชนอีกฝ่ายหนึ่ง

### **1.2.1 ผู้จัดซื้อภาครัฐหรือภาคเอกชน (Les acheteurs publics ou privés)**

คำนิยามของหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง (pouvoirs adjudicateurs) และองค์กรผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างที่ประกอบกิจการด้านเครือข่าย (entités adjudicatrices) จะถูกอธิบายไว้ในเอกสารเฉพาะ

โดยหน่วยงานผู้จัดซื้อจัดจ้างนี้เป็นนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น รัฐ (État) องค์กรมหาชนที่มีลักษณะทางปกครอง ทางอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (établissements publics administratifs et industriels et commerciaux) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (collectivités territoriales) และองค์กรมหาชนระดับท้องถิ่น (établissements publics locaux) สมาคมเพื่อประโยชน์สาธารณะ (groupements d'intérêts publics) เป็นต้น

นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนก็สามารถที่จะเป็นหน่วยงานผู้จัดซื้อจัดจ้างได้เช่นเดียวกันหากการจัดตั้งนิติบุคคลดังกล่าวเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการ ประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะ (satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général) ที่มีลักษณะที่นอกเหนือไปจากด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (autre qu'industriel ou commercial) กล่าวคือ

« a) กิจการที่เงินสนับสนุนส่วนใหญ่มาจากหน่วยงานที่มีอำนาจในการจัดซื้อจัดจ้าง;

« b) กิจการที่การบริหารจัดการอยู่ภายใต้การควบคุมของหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง;

« c) กิจการที่องค์กรฝ่ายบริหาร ฝ่ายกำกับดูแล หรือฝ่ายตรวจสอบ ประกอบไปด้วยสมาชิกที่แต่งตั้งโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างเกินกว่ากึ่งหนึ่ง »

และนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่จัดตั้งขึ้นโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำกิจการบางอย่างร่วมกันให้ถือว่ารวมอยู่ในคำนิยามนี้ด้วย

สุดท้าย องค์กรผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างที่ประกอบกิจการด้านเครือข่ายนี้คือหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง (pouvoir adjudicateur) ที่ประกอบธุรกิจเครือข่าย (d'opérateur de réseaux)<sup>53</sup> «รัฐวิสาหกิจ» (entreprises publiques) ที่ประกอบกิจการด้านเครือข่าย และองค์กรตามกฎหมายเอกชนที่ได้รับประโยชน์จากกฎหมายพิเศษหรือกฎหมายเฉพาะที่มีขึ้นเพื่อสงวนไว้ซึ่งการประกอบกิจการเครือข่ายหรือเพื่อมอบหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญให้แก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจในการที่จะประกอบกิจการดังกล่าว

### 1.2.2 ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ (l'opérateur économique)

ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนี้คือบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล หรือกลุ่มบุคคลไม่ว่าจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ก็ตาม ที่เสนอการจัดทำงานหรืองานก่อสร้าง การจัดหาผลิตภัณฑ์ หรือการให้บริการ

ผู้สมัคร (candidat) คือผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่ได้ขอเข้าร่วมหรือถูกเชิญให้เข้าร่วมในกระบวนการจัดทำสัญญาพัสดุ

ผู้ยื่นซองประกวดราคา (soumissionnaire) คือผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่ยื่นข้อเสนอตามกรอบการจัดทำสัญญาพัสดุ

#### 1.2.2.1 ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่มีสถานะเป็นบุคคลตามกฎหมายเอกชน (L'opérateur économique, personne privée)

ข้อพิจารณาที่ 14 ของระเบียบสหภาพยุโรป 2014/24/UE ระบุว่า คำว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจต้องตีความอย่างกว้าง เพื่อให้ครอบคลุมถึงบริษัท สาขา บริษัทลูก สมาคม สหกรณ์ บริษัทมหาชนจำกัด มหาวิทยาลัย ไม่ว่าจะเป็นตามกฎหมายมหาชนหรือตามกฎหมายเอกชน รวมถึงบริษัทในรูปแบบอื่น ๆ ที่นอกเหนือไปจากบุคคลธรรมดาที่รวมอยู่ในคำนิยามของผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ ไม่ว่าจะเป็นนิติบุคคลหรือไม่ก็ตาม

การตีความอย่างกว้างของคำว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนี้มีที่มาจากคำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป ที่พิจารณาว่ากิจกรรมทุกอย่างที่เป็น การเสนอซึ่งสินค้าหรือบริการในตลาดนั้น ๆ ครอบคลุมลักษณะทางเศรษฐกิจ และทุกบริษัทที่

<sup>53</sup> ด้านพลังงาน (แก๊ส ความร้อน ไฟฟ้า เป็นต้น) ด้านประปา ด้านการขนส่ง และด้านไปรษณีย์

ประกอบกิจการทางเศรษฐกิจต้องถูกพิจารณาว่าเป็นบริษัท โดยไม่คำนึงถึงสถานะทางกฎหมาย และวิธีการจัดหาเงินทุนของกิจการนี้

➤ ข้อความคิดคำว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจเป็นการตีความอย่างกว้าง

เพื่ออธิบายให้เห็นภาพ สมาคมต่าง ๆ นั้นถูกพิจารณาว่าเป็นผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจ โดยในกรณีนี้ จากลักษณะของสมาคมที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรที่ทำให้สมาคมสามารถที่จะยื่นข้อเสนอในราคาต่ำกว่าผู้ประกอบการรายอื่นนั้นไม่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบต่อลักษณะทางเศรษฐกิจของผู้ประกอบการหรือลักษณะธุรกิจ

เพราะฉะนั้นนิยามคำว่าผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจนี้รวมถึงองค์กรที่ไม่ได้แสวงหากำไรและไม่ได้มีโครงสร้างของการเป็นบริษัท

➤ ข้อความคิดคำว่ากิจกรรมที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจนี้ต้องถูกตีความอย่างเคร่งครัด

เพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องความแตกต่างระหว่างกิจกรรมทางเศรษฐกิจ (activités économiques) และกิจกรรมที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจ (activités non économiques) ศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้ตัดสินไว้อย่างชัดเจนว่ากิจกรรมทุกอย่างที่เป็นการเสนอซึ่งสินค้าหรือบริการในตลาดเฉพาะเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

คำนิยามอย่างกว้างของกิจกรรมทางเศรษฐกิจนี้ได้ถูกนำมาใช้กับกฎหมายภายในประเทศฝรั่งเศสและครอบคลุมทุกการเสนอซึ่งสินค้าและบริการในตลาดในทุก ๆ ด้าน โดยที่กิจกรรมที่ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรนี้ไม่ได้ส่งผลกระทบต่อลักษณะของกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ทั้งที่เป็นกิจกรรมเชิงสังคมหรือเป็นบริษัท

ในการที่จะทราบว่าตลาดสำหรับการบริการอย่างใดอย่างหนึ่งนั้นมีอยู่หรือไม่จะขึ้นอยู่กับการจัดการของประเทศสมาชิกแต่ละประเทศ ฉะนั้นจึงมีความแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศสมาชิก ยิ่งไปกว่านั้นคุณสมบัติของกิจกรรมอาจแตกต่างกันไปในแต่ละช่วงเวลาขึ้นอยู่กับนโยบายทางการเมืองและการพัฒนาทางเศรษฐกิจ และกิจกรรมที่ไม่เป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจในปัจจุบันอาจกลายเป็นกิจกรรมทางเศรษฐกิจในอนาคตก็เป็นได้

โดยลักษณะของกิจกรรมที่ไม่ใช่ทางเศรษฐกิจที่ทราบกันในปัจจุบันมีจำกัด

- ตามกฎหมายโดยทั่วไป เว้นแต่ว่าประเทศสมาชิกได้ตัดสินใจที่จะใช้กลไกตลาดกิจกรรมที่ลักษณะโดยทั่วไปเป็นอำนาจพิเศษของฝ่ายปกครองและถูกใช้โดยรัฐนี้มีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจ ซึ่งตัวอย่างของกิจกรรมดังกล่าวมีดังนี้

- a) ด้านการทหารหรือตำรวจ
  - b) ด้านความปลอดภัยและการควบคุมเรือบิน
  - c) ด้านการควบคุมและความปลอดภัยในการเดินเรือสมุทร
  - d) ด้านการเฝ้าระวังต่อต้านมลพิษ
  - e) ด้านองค์กร การเงิน และการบังคับโทษจำคุก
  - f) ด้านการพัฒนาและฟื้นฟูที่ดินสาธารณะด้วยอำนาจมหาชน
  - g) ด้านการเก็บรวบรวมข้อมูลเพื่อใช้ในวัตถุประสงค์สาธารณะจากบริษัทที่เกี่ยวข้อง โดยให้ส่งข้อมูลดังกล่าวบนพื้นฐานหน้าที่ตามกฎหมาย
- ระบบประกันสังคมภาคบังคับนี้ที่ถือว่าเป็นกิจกรรมที่มีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจ เนื่องจากระบบประกันสังคมนี้ตั้งอยู่บนหลักการพึ่งพาอาศัยกัน (principe de solidarité) ที่มีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยระบบประกันสังคมมีลักษณะดังต่อไปนี้
    - a) การเข้าร่วมในระบบประกันสังคมนี้เป็นภาคบังคับ
    - b) ระบบนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อสังคมโดยเฉพาะ
    - c) ระบบนี้ไม่ได้มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไร
    - d) การให้บริการไม่ได้ขึ้นอยู่กับจำนวนเงิน
    - e) มูลค่าในการให้บริการนี้ไม่จำเป็นต้องได้สัดส่วนกับรายได้ของผู้เอาประกัน
    - f) ระบบนี้อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ
  - โรงพยาบาลรัฐเป็นส่วนสำคัญของการบริการด้านสาธารณสุขแห่งชาติและการทำงานของโรงพยาบาลเกือบทั้งหมดตั้งอยู่บนหลักความเป็นเอกภาพ โดยแหล่งเงินทุนของโรงพยาบาลนี้มาจากเงินค่าประกันสังคมโดยตรง และจากแหล่งอื่น ๆ ของรัฐ ซึ่งโรงพยาบาลของรัฐจะให้บริการโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายบนพื้นฐานของการคุ้มครองทั่วไป และศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรปได้รับรองว่าโครงสร้างของโรงพยาบาลดังกล่าวนี้มีได้กระทำในรูปของบริษัท
  - การศึกษาของรัฐจัดทำขึ้นในกรอบของระบบการศึกษาแห่งชาติซึ่งมีการจัดหาเงินทุนและควบคุมโดยรัฐ มีใช้กิจกรรมทางเศรษฐกิจ โดยศาลยุติธรรมยุโรปได้ตัดสินไว้ว่า ในการจัดตั้งหรือดำรงไว้ซึ่งระบบการศึกษาของรัฐที่มีการจัดหาเงินทุนโดยทั่วไปผ่านทางงบประมาณของรัฐมิใช่ผ่านทางนักเรียนหรือผู้ปกครอง [...] มีใช้กิจกรรมที่ได้รับค่าตอบแทน แต่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ในด้านสังคม วัฒนธรรม และการศึกษาเพื่อประชาชน

- องค์การของกิจกรรมบางอย่างที่ดูแลเกี่ยวกับด้านวัฒนธรรม ประเพณี และการปกป้อง ธรรมชาติ ซึ่งลักษณะเฉพาะของกิจกรรมเหล่านี้ ไม่มีลักษณะทางพาณิชย์ จึงมิใช่กิจกรรมทาง เศรษฐกิจ เงินทุนสาธารณะขององค์กรเหล่านี้อาจไม่ได้มาจากเงินช่วยเหลือจากรัฐ คณะกรรมการ พิจารณาว่าการระดมทุนสาธารณะของกิจกรรมที่เกี่ยวกับด้านวัฒนธรรมหรือการสงวนไว้ซึ่ง มรดกของชาติที่เปิดให้บุคคลทั่วไปเข้าชมนี้เป็นหน้าที่เฉพาะด้านสังคมและวัฒนธรรมที่มีใช้ ลักษณะทางเศรษฐกิจ และแม้ว่าผู้เข้าเยี่ยมชมซึ่งสถานที่ทางวัฒนธรรมหรือเข้าร่วมกิจกรรม ทางวัฒนธรรมหรือการสงวนไว้ซึ่งมรดกแห่งชาติ ที่เปิดให้บุคคลทั่วไป รวมถึงการปกป้อง ธรรมชาติ จะได้เก็บค่าเข้าชมหรือเข้าร่วมกิจกรรมก็ตาม แต่จำนวนเงินนี้ก็เป็นเพียงส่วนหนึ่ง ของค่าใช้จ่ายทั้งหมดขององค์กรเหล่านี้เท่านั้น กิจกรรมเหล่านี้จึงไม่มีลักษณะทางเศรษฐกิจ เพราะการมีส่วนร่วมนี้ไม่สามารถถือได้ว่าเป็นการจ่ายค่าตอบแทนที่แท้จริงต่อการให้บริการ ขององค์กร
- ยิ่งไปกว่านั้นหลายกิจกรรมทางวัฒนธรรมหรือการสงวนไว้ซึ่งมรดกของชาติสามารถ เรียกได้ว่าไม่สามารถทดแทนได้ (ยกตัวอย่างเช่น การจัดการเก็บรักษาซึ่งเอกสารของรัฐที่มี เพียงฉบับเดียว) ด้วยเหตุนี้ กิจกรรมเหล่านี้จึงไม่มีตลาดรองรับ คณะกรรมการสหภาพยุโรปจึง พิจารณาว่ากิจกรรมเหล่านี้ไม่มีลักษณะทางเศรษฐกิจ
- ความแตกต่างระหว่างหน้าที่ขององค์กรในภารกิจเหล่านี้ (les fonctions d'organisation de ces missions) กับหน้าที่ในการดำเนินการกิจ (les fonctions d'exercice des missions) แนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมยุโรปที่อ้างถึงก่อนหน้านี้นี้ เกี่ยวกับองค์กรและภารกิจ ข้อเท็จจริงที่ว่าเมื่อบุคคลในกฎหมายมหาชนที่ได้จัดทำบริการหรือภารกิจและประสงค์ที่จะ มอบหมายการจัดทำภารกิจเหล่านี้ให้บุคคลภายนอก โดยการจ่ายค่าตอบแทนหรือประสงค์ให้ ได้รับค่าตอบแทนสำหรับการบริการ การจัดหาพัสดุ ซึ่งบุคคลในกฎหมายมหาชนสามารถ ปฏิบัติภารกิจเหล่านี้ได้ด้วยตนเอง ฉะนั้นจึงเป็นการแทรกแซงตลาดที่มีลักษณะทางเศรษฐกิจ ในฐานะลูกค้ารายหนึ่ง
- คณะกรรมการสหภาพยุโรปได้ชี้แจงรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับคำนิยามคำว่า ความช่วยเหลือจากรัฐ ตามมาตรา 107 วรรคหนึ่ง แห่งสนธิสัญญาสากลแห่งสหภาพยุโรป (traité de fonctionnement de l'Union européenne) ที่สหภาพยุโรปใช้เป็นพื้นฐานในการ พิจารณาลักษณะทางเศรษฐกิจของกิจกรรมที่ได้กล่าวถึงไปข้างต้น

### 1.2.2.2 ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจที่มีสถานะเป็นบุคคลในกฎหมายมหาชน (L'opérateur économique, personne publique)

การทำสัญญาพัสดุนี้สามารถทำได้กับบุคคลในกฎหมายเอกชนรวมถึงบุคคลในกฎหมายมหาชนภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสัญญาพัสดุที่สร้างขึ้นระหว่างบริษัทที่เป็นของภาครัฐนี้ต้องไม่อยู่ในสถานะที่เป็นการกระทำภายในองค์กร (quasi-régie) หรือเป็นความร่วมมือระหว่างภาครัฐด้วยกัน (coopération public-public) หากไม่ใช่ลักษณะข้างต้นสัญญาพัสดุที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลในกฎหมายมหาชนนี้จะต้องใช้กฎเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างในการบังคับ

### 1.2.2.3 กรณีเฉพาะในลักษณะตัวแทน (mandat)

สัญญาที่สร้างขึ้นระหว่างบุคคลในกฎหมายเอกชนด้วยกันนั้นจะไม่ถูกพิจารณาเป็นสัญญาพัสดุและไม่ตกอยู่ภายใต้ประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง อย่างไรก็ตามในกรณีที่บุคคลในกฎหมายเอกชนกระทำการในฐานะตัวแทน (ทั้งชัดแจ้งหรือเป็นนัย) ของผู้จัดซื้อ กรณีนี้จะต้องใช้ประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างในการบังคับ และจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายฉบับนี้ และยิ่งไปกว่านั้นสัญญาแต่งตั้งตัวแทนที่จัดทำโดยผู้จัดซื้อ (l'acheteur) โดยมีค่าตอบแทนนี้เป็นสัญญาพัสดุ

### 1.2.2.4 กรณีเฉพาะของสัญญาให้เงินอุดหนุน (contrats subventionnés)

ตามมาตรา L. 2100-2 แห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างได้บัญญัติไว้ว่า ยกเว้นบทที่ 1 บทที่ 2 และบทที่ 3 ของบรรพ 1 ส่วนที่สอง และบทที่ 6 ของหัวข้อที่ 9 ในบรรพเดียวกันนี้ บุคคลในกฎหมายเอกชนที่มีใช้ผู้จัดซื้อได้ทำสัญญากับบุคคลภายนอกจะตกอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ของประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างเมื่อเงื่อนไขดังต่อไปนี้ครบถ้วน

- สัญญาที่สร้างขึ้นได้รับเงินอุดหนุนจากผู้จัดซื้อตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างเกินกว่าร้อยละ 50 ซึ่งศาลยุติธรรมยุโรปได้ระบุกรณีที่ครอบคลุมคำว่า การให้เงินอุดหนุน ซึ่งได้พิจารณาอย่างกว้าง โดยที่เงินอุดหนุนนี้คือการมีส่วนร่วมทางการเงินโดยตรงของผู้จัดซื้อในสัญญาที่บุคคลในกฎหมายเอกชนตั้งใจที่จะทำ และรวมถึงมาตรการการเงินทางอ้อม เช่น การลดภาษี โดยที่การมีส่วนร่วมทางการเงินนี้จะได้ถูกกำหนดไว้โดยกฎหมายหรือเกิดขึ้นโดยความสมัครใจของผู้มีอำนาจจัดซื้อที่เกี่ยวข้องก็ไม่ส่งผลต่อลักษณะการมีส่วนร่วมทางการเงิน

- มูลค่าของสัญญาที่ไม่รวมภาษีต้องมีมูลค่าสูงกว่าเกณฑ์ยุโรป (seuil d'euro péens) ที่ถูกกำหนดให้ต้องตีพิมพ์ในรัฐกิจจานุเบกษาแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส (journal officiel de la République française)

- วัตถุประสงค์ของสัญญาต้องเกี่ยวข้องกับกิจกรรมด้านวิศวกรรมโยธาหรือการก่อสร้างที่เกี่ยวข้องกับโรงพยาบาล อุปกรณ์กีฬา สันทนาการและนันทนาการ อาคารโรงเรียนและมหาวิทยาลัย รวมถึงอาคารสำหรับใช้ในการจัดการและให้บริการสำหรับการก่อสร้างข้างต้น

หากครบตามเงื่อนไขข้างต้นแล้ว บุคคลในกฎหมายเอกชนจะต้องดำเนินการจัดการโฆษณาและจัดการประกวดราคาสำหรับสัญญาที่สร้างขึ้น ซึ่งผู้มีอำนาจจัดซื้อที่เป็นผู้ให้เงินอุดหนุนจะต้องเป็นผู้ดูแลในการปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ระบุไว้ในบรรพ 1 บรรพ 2 บรรพ 3 และบรรพ 5 ของส่วนที่สองภาคกฎหมายนิติบัญญัติ (la deuxième partie législative)

### คำศัพท์ที่น่าสนใจ

(1) **Contrat administratif (n. masculin)** สัญญาทางปกครอง เป็นการที่ฝ่ายปกครองตกลงทำสัญญากับเอกชนเพื่อมอบหมายให้เอกชนจัดทำบริการสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะบางประเภท โดยสัญญาทางปกครองนี้จะแตกต่างจากสัญญาทางแพ่งเนื่องจากจะมีการใช้อำนาจที่เป็นเอกสิทธิ์ของฝ่ายปกครอง (pérogatives de puissance publique) เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดทำบริการสาธารณะ<sup>54</sup> รวมถึงการมีข้อกำหนดในสัญญาที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างไปจากสัญญาทางแพ่ง ให้สิทธิพิเศษแก่ฝ่ายปกครอง รวมถึงอำนาจในการแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียวเพื่อประโยชน์สาธารณะ (d'intérêt public) ซึ่งเอกสิทธิ์นี้เองที่ทำให้สถานะของฝ่ายปกครองเหนือกว่าฝ่ายเอกชน และหากมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นจากสัญญาทางปกครอง ศาลที่รับพิจารณาคดีคือ ศาลปกครอง

(2) **Marché public (n. masculin)** สัญญาพัสดุ ตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ประกาศบังคับใช้ปี ค.ศ. 2019 ได้กำหนดให้สัญญาพัสดุเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งจัดทำขึ้นเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุอุปกรณ์ การบริการ และการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ

(3) **Pouvoir adjudicateur (n. masculin)** หน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง ตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้างที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน<sup>55</sup> ได้บัญญัติถึงหน่วยงานที่จะตกอยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายนี้ โดยได้กำหนดไว้ 3 ประเภท<sup>56</sup> ได้แก่

---

<sup>54</sup> นันทวัฒน์ บรมานันท์, **หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ**, พิมพ์ครั้งที่ 5 (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2560), หน้า 87-96.

<sup>55</sup> Article L1211-1 du Code de la commande publique

<sup>56</sup> แปลและเรียบเรียงจาก Fiche Direction des Affaires Juridiques: Les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices



1. นิติบุคคลในกฎหมายมหาชน เช่น รัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์กรมหาชน เป็นต้น

2. นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่เข้าเงื่อนไขบางประการที่กำหนดโดยประมวลกฎหมายฉบับนี้ เช่น กรณีที่เงินสนับสนุนส่วนใหญ่มาจากหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง หรือนิติบุคคลในกฎหมายมหาชน หรือนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนดังกล่าวอยู่ภายใต้ความควบคุมของหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง เป็นต้น

3. นิติบุคคลในกฎหมายเอกชนที่จัดตั้งโดยหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำกิจการบางอย่างร่วมกัน เช่น บริษัทมหาชนท้องถิ่น (sociétés publiques locales หรือ SPL) ที่เป็นบริษัทมหาชนจำกัด ที่จัดตั้งขึ้นและถือหุ้นทั้งหมดโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือกลุ่มขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น<sup>57</sup>

(4) **Entités adjudicatrices (n. féminin)** องค์กรผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างที่ประกอบกิจการเครือข่าย (activités d'opérateur de réseaux) ได้แก่ ด้านพลังงาน (แก๊ส ความร้อน ไฟฟ้า เป็นต้น) ด้านประปา ด้านการขนส่ง ด้านไปรษณีย์ ซึ่งจะต่างจากหน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง (pouvoir adjudicateur) ที่มีได้จำกัดเฉพาะกิจการเครือข่าย โดยตามประมวลกฎหมายจัดซื้อจัดจ้าง มาตรา L. 1212-1<sup>58</sup> องค์กรผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้างที่ประกอบกิจการเครือข่ายได้แบ่งออกเป็น 3 ประเภท ดังนี้

---

<sup>57</sup> L'article L. 1531-1 du code général des collectivités territoriales: « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales dont ils détiennent la totalité du capital. [...] »

<sup>58</sup> L'article L. 1212-1 du code de la commande publique: « Les entités adjudicatrices sont:

1° Les pouvoirs adjudicateurs qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4;

2° Lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, les entreprises publiques qui exercent une des activités d'opérateur de réseaux définies aux articles L. 1212-3 et L. 1212-4;

3° Lorsqu'ils ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, les organismes de droit privé qui bénéficient, en vertu d'une disposition légalement prise, de droits spéciaux ou exclusifs ayant pour effet de leur réserver l'exercice de ces activités et d'affecter substantiellement la capacité des autres opérateurs économiques à exercer celle-ci.

1. หน่วยงานผู้มีอำนาจจัดซื้อจัดจ้าง (pouvoir adjudicateur) ที่ประกอบกิจการเครือข่าย
2. รัฐวิสาหกิจ (entreprises publiques) ที่ประกอบกิจการด้านเครือข่าย
3. องค์กรตามกฎหมายเอกชน (les organismes de droit privé) ที่ได้รับประโยชน์จากกฎหมายพิเศษหรือกฎหมายเฉพาะที่มีขึ้นเพื่อสงวนไว้ซึ่งการประกอบกิจการเครือข่ายหรือเพื่อมอบหมายในส่วนที่เป็นสาระสำคัญให้แก่ผู้ประกอบการทางเศรษฐกิจในการที่จะประกอบกิจการดังกล่าว

---

*Ne sont pas considérés comme des droits spéciaux ou exclusifs les droits d'exclusivité accordés à l'issue d'une procédure permettant de garantir la prise en compte de critères objectifs, proportionnels et non discriminatoires. »*