



3^o CONCOURS D'ADMINISTRATEUR TERRITORIAL

SESSION 2014

Note de synthèse à partir d'un dossier portant sur la spécialité:

Droit public

ÉPREUVE N^o 10

Durée: 4 h
Coefficient: 4

SUJET:

À partir du dossier joint, vous rédigerez une note sur les collectivités territoriales et les contrats de prestation intégrée.

DOCUMENTS JOINTS

- | | | |
|---------------------------|--|---------|
| Document n ^o 1 | <i>Société publique locale et in house : si proche, si loin...</i>
[commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 6 novembre 2013 n ^o 365079] / [...] par Sébastien Brameret.
<i>In</i> JCPA = La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales / Lexisnexis. Éditions du Juris-classeur, 13 janvier 2014, volume 13, n ^o 1, texte 2002. | Page 3 |
| Document n ^o 2 | Commentaire de la décision du Tribunal des conflits du 2 avril 2012 relative au pourvoi n ^o 12-03831 [en ligne].
Tribunal des conflits.
http://www.tribunal-conflits.fr/PDF/3831
Commentaire commentaire- tc 3831.pdf | Page 9 |
| Document n ^o 3 | <i>Intercommunalité : extension de l'exception in house</i> / Guillaume Gauch et Anne-Sophie Bridon.
<i>In</i> La Gazette des communes, des départements, des régions / groupe Moniteur, 7 décembre 2009, n ^o 2008, pages 58 à 60. | Page 11 |

Document n° 4	<i>Prestations fournies par un groupement de coopération et règles de la commande publique : commentaire de l'arrêt CE, 4 mars 2009, n° 300481, Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS) / Guillem Casanovas et Rodolphe Rayssac. In Revue hospitalière de France / Fédération hospitalière de France, septembre-octobre 2009, n° 530, pages 64 et 65.</i>	Page 14
Document n° 5	<i>Le renouvellement de la théorie de la transparence des personnes privées : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 21 mars 2007, n° 281796, Cne de Boulogne-Billancourt / étude par François Lichère. In Contrats et marchés publics / Lexisnexis. Éditions du Juris-classeur, juillet 2007, volume 8, n° 7, texte 14.</i>	Page 16
Document n° 6	<i>Les voies de l'externalisation des activités de service public [commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 6 avril 2007 n° 284736] / [...] par Michel Bazex et Sophie Blazy. In Droit administratif / Lexisnexis. Éditions du Juris-classeur, juin 2007, volume 46, n° 6, texte 95.</i>	Page 24
Document n° 7	<i>La nature des contrats passés par une personne privée transparente [commentaire de l'arrêt du Conseil d'État du 21 mars 2007 n° 281796] / Jean-David Dreyfus. In AJDA = L'Actualité juridique. Droit administratif / Dalloz, 30 avril 2007, volume 63, n° 18, pages 915 à 918.</i>	Page 28
Document n° 8	<i>La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai? / étude rédigée par Claude Devès. In JCPA = La Semaine juridique. Administrations et collectivités territoriales / Lexisnexis. Éditions du Juris-classeur, 25 septembre 2006, volume 5, n° 39, texte 1219.</i>	Page 32
Document n° 9	<i>Les marchés des sociétés d'économie mixte et exception de l'in house [commentaire de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 11 janvier 2005 n° C-26/03] / [...] par Antoine Alonso Garcia et Amélie Mailliard. In Droit administratif / Lexisnexis. Éditions du Juris-classeur, mars 2005, volume 44, n° 3, texte 36.</i>	Page 43
Document n° 10	<i>Les marchés de l'UGAP à l'épreuve du droit communautaire : à propos de l'arrêt du Conseil d'État du 27 juillet 2001, CAMIF, req. n° 218067 / chronique par François Llorens. In Contrats et marchés publics / Lexisnexis. Éditions du Juris-classeur, octobre 2001, volume 2, n° 10, texte 14.</i>	Page 46

NOTA :

- 2 points seront retirés au total de la note sur 20 si la copie contient plus de 10 fautes d'orthographe ou de syntaxe.
- **Les candidats ne doivent porter aucun signe distinctif sur les copies :** pas de signature (signature à apposer uniquement dans le coin gommé de la copie à rabattre) ou nom, grade, même fictifs. Seuls la date du concours et le destinataire, (celui-ci est clairement identifié dans l'énoncé du sujet) sont à porter sur la copie.
- Les épreuves sont d'une durée limitée. Aucun brouillon ne sera accepté, la gestion du temps faisant partie intégrante des épreuves.
- Lorsque les renvois et annotations en bas d'une page ou à la fin d'un document ne sont pas joints au sujet, c'est qu'ils ne sont pas indispensables.





La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 1, 13 Janvier 2014, 2002

Société publique locale et in house : si proche, si loin...

Commentaire par Sébastien Brameret
 maître de conférences
 vice-doyen, chargé des relations internationales
 membre du Groupe de recherches en droit public économique (GRDPE)
 université Grenoble Alpes

Sommaire

En créant des sociétés à capital intégralement public, le législateur a semblé mettre les collectivités territoriales et leurs groupements en conformité avec la jurisprudence européenne relative aux prestations intégrées. Le Conseil d'État rappelle pourtant que la détention d'une fraction très minoritaire du capital social ne permet pas d'assimiler la société à l'un de ses prestataires intégrés. Il précise par ailleurs que la violation des conditions de reconnaissance d'une prestation intégrée n'est pas susceptible de conduire à la résolution du contrat, mais simplement à sa réalisation.

CE, 6 nov. 2013, n° 365079, Commune de Marsannay-la-Côte : JurisData n° 2013-024868 ; JCP A 2013, act. 884

Sera publié au Recueil Lebon

(...)

o 1. Considérant que les pourvois de la Société publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise (SPLAAD) et de la commune de Marsannay-la-Côte, ainsi que la requête de cette commune à fin de sursis à exécution sont dirigés contre le même arrêt ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

Sur l'arrêt en tant qu'il a statué sur les conclusions à fin d'annulation :

o 2. Considérant, en premier lieu, que l'article R. 741-2 du Code de justice administrative dispose que la décision rendue par une juridiction administrative « contient (...) les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont elle fait application » ; que le moyen tiré de ce que la cour aurait méconnu ces dispositions faute de viser les textes dont elle a fait application manque en fait ;

o 3. Considérant, en deuxième lieu, qu'en estimant qu'en égard à leur objet, l'Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte et le Syndicat de défense des intérêts viticoles de Marsannay-la-Côte justifiaient d'un intérêt suffisant pour agir contre la délibération contestée qui approuve une convention de concession d'aménagement rendant possible une urbanisation de terrains viticoles, de vergers et de jardins sur le territoire de la commune de Marsannay-la-Côte, quand bien même la signature de cette convention n'avait pour conséquence que d'autoriser, dans un premier temps, la réalisation d'études de faisabilité, la cour administrative d'appel de Lyon n'a pas commis d'erreur de qualification juridique ni d'erreur de droit ;

o 4. Considérant, en dernier lieu, qu'aux termes de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme : « L'État et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent code à toute personne y ayant vocation. / L'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes, dans des conditions prévues par décret en Conseil d'État » ; que l'article L. 300-5-2 du même

4

code dispose toutefois que : « Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 300-4 ne sont pas applicables aux concessions d'aménagement conclues entre le concédant et un aménageur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités avec lui ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui le contrôlent » ; qu'enfin, aux termes de l'article L. 327-1 de ce code : « Les collectivités territoriales et leurs groupements peuvent, créer, dans le cadre des compétences qui leur sont attribuées par la loi, des sociétés publiques locales d'aménagement dont ils détiennent la totalité du capital. (...) Ces sociétés exercent leurs activités exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales et des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres (...) Ces sociétés revêtent la forme de société anonyme régie par le livre II du Code de commerce et sont composées, par dérogation à l'article L. 225-1 du même code, d'au moins deux actionnaires. (...) » ;

o 5. Considérant qu'il résulte de ces dispositions qu'une collectivité territoriale peut concéder la réalisation d'opérations d'aménagement à une société publique locale d'aménagement, créée sur le fondement de l'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme et qui ne peut dès lors exercer son activité que pour le compte de ses actionnaires et sur leur territoire, sans publicité ni mise en concurrence préalables, à la condition que cette collectivité exerce sur cette société un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services ; que pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, conjointement avec la ou les autres personnes publiques également actionnaires, cette collectivité doit participer non seulement à son capital mais également aux organes de direction de cette société ;

o 6. Considérant qu'il ressort des énonciations de l'arrêt attaqué que la commune de Marsannay-la-Côte, détentrice de 1,076% du capital de la SPLAAD, d'une part, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de cette société, approuve les concessions d'aménagement, et n'y a voie délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires, d'autre part, qu'elle ne peut seule, requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour, selon l'article 27 des statuts, dès lors qu'elle détient moins de 5 % du capital de la société, et, enfin, qu'aucun des organes au sein desquels elle est directement représentée, que sont l'assemblée spéciale des petits actionnaires, le comité technique et financier et le comité de contrôle, ne disposent, en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à cette société, d'un pouvoir décisionnaire ; que la cour administrative d'appel, qui a suffisamment motivé son arrêt sur ce point, a pu en déduire, sans commettre d'erreur de droit, ni d'erreur de qualification juridique, que la commune de Marsannay-la-Côte ne pouvait pas être regardée comme participant, de façon effective, aux organes de direction de la société ni, par suite, comme exerçant sur la SPLAAD, même conjointement avec les autres actionnaires, un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, et juger, en conséquence, que la dérogation au deuxième alinéa de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme prévue par l'article L. 300-5-2 du même code n'était pas applicable en l'espèce ;

o 7. Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les pourvois de la commune de Marsannay-la-Côte et de la SPLAAD, dirigés contre les articles 1er et 2 de l'arrêt attaqué doivent être rejetés ;

Sur l'arrêt en tant qu'il a statué sur les conclusions à fin d'injonction :

o 8. Considérant qu'aux termes de l'article R. 611-1 du Code de justice administrative : « La requête et les mémoires, ainsi que les pièces produites par les parties, sont déposés ou adressés au greffe. / La requête, le mémoire complémentaire annoncé dans la requête et le premier mémoire de chaque défendeur sont communiqués aux parties avec les pièces jointes dans les conditions prévues aux articles R. 611-3, R. 611-5 et R. 611-6. / Les répliques, autres mémoires et pièces sont communiqués s'ils contiennent des éléments nouveaux » ; que, selon l'article R. 613-4 du même code : « Le président de la formation de jugement peut rouvrir l'instruction par une décision qui n'est pas motivée et ne peut faire l'objet d'aucun recours. Cette décision est notifiée dans les mêmes formes que l'ordonnance de clôture. / La réouverture de l'instruction peut également résulter d'un jugement ou d'une mesure d'investigation ordonnant un supplément d'instruction (...) » ;

o 9. Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond, qu'alors que la date de clôture de l'instruction avait été fixée au 10 août 2012 à 16 h 30 par la cour administrative d'appel de Lyon, un mémoire en réplique, comportant notamment des conclusions nouvelles tendant à ce qu'il soit enjoint aux parties contractantes de saisir le juge du contrat afin que ce dernier procède à la résolution de la convention de concession, a été produit par les associations requérantes le 8 août 2012 ; que ce mémoire a été communiqué à la commune et à la SPLAAD le lendemain, soit la veille de la clôture de l'instruction ; que la mention invitant ces parties à produire leurs observations « dans les meilleurs délais », n'a pas eu pour effet de reporter cette date de clôture ; que la commune de Marsannay-la-Côte et la SPLAAD sont dès lors fondées à soutenir qu'elles n'ont pas disposé du délai nécessaire pour présenter sur ce point des observations en défense et que le caractère contradictoire de la procédure a été méconnu ;

o 10. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sans qu'il soit besoin d'examiner l'autre moyen des pourvois sur ce point, l'article 3 de l'arrêt attaqué doit être annulé ;

o 11. Considérant qu'il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de régler, dans cette mesure, l'affaire au fond en application des dispositions de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative ;

o 12. Considérant que l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement que le contrat en cause doive être annulé ; qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée ; que, dans la détermination des mesures rendues nécessaires par l'annulation, le juge de l'exécution n'est pas tenu par celles demandées par le requérant ;

o 13. Considérant que le vice entachant la délibération annulée par la cour administrative d'appel de Lyon, tiré de l'absence de publicité et de mise en concurrence pour la désignation du concessionnaire, a affecté gravement la légalité du choix de ce concessionnaire ; que, toutefois, cette illégalité, qui n'affecte ni le consentement de la personne publique ni le contenu même de la convention, ne justifie pas, en l'absence de circonstances particulières, que soit recherchée une résolution de cette convention ; que ce vice implique cependant, par sa gravité et en l'absence de régularisation possible, que soit ordonnée aux parties contractantes, qui n'invoquent pas de motif d'intérêt général s'attachant au maintien de la convention, de résilier cette convention dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision ;

Sur la requête aux fins de sursis à exécution :

o 14. Considérant que, par la présente décision, le Conseil d'État statue sur les pourvois formés contre l'arrêt du 7 novembre 2012 de la cour administrative d'appel de Bordeaux ; que, par suite, les conclusions aux fins de sursis à exécution de cet arrêt sont devenues sans objet ; (...)

Note :

À quelles conditions une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales peut-il recourir au service d'une société à capital intégralement public sans mise en concurrence ? C'est à cette question que le Conseil d'État est venu, pour la première fois, apporter des précisions utiles, par un arrêt du 6 novembre 2013, *Commune de Marsannay-la-Côte*. La solution retenue par le Conseil d'État n'a cependant rien de très étonnant, le juge administratif se plaçant dans la continuité de la jurisprudence européenne la plus récente (v. en particulier CJUE, 29 nov. 2012, aff. C-182/11 et C-183/11, *Econord SpA* : JCP A 2013, 2009, note Brameret).

Par une délibération du 25 octobre 2010, le conseil municipal de Marsannay-la-Côte a attribué à la Société publique locale d'aménagement de l'agglomération dijonnaise (SPLAAD) la concession d'aménagement du quartier de Saint-Urbain. Constituée sur le modèle de la société publique locale d'aménagement de l'article L. 327-1 du Code de l'urbanisme, la SPLAAD regroupe treize actionnaires - douze collectivités territoriales et un groupement de collectivités territoriales. Elle a pour caractéristique principale d'avoir un actionariat éclaté entre trois catégories d'actionnaires : le Grand Dijon, actionnaire majoritaire avec près de 70 % du capital ; trois collectivités territoriales détenant chacune près de 11 % du capital ; le reste des collectivités territoriales, ne disposant que d'environ 1 % du capital (source : www.eplaad.com).

Le choix de la société ayant été réalisé sans mise en concurrence préalable, l'Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte et le Syndicat de défense des intérêts viticoles de Marsannay-la-Côte saisirent le juge administratif pour faire annuler la procédure de passation de la convention. En appel, la cour administrative d'appel de Lyon fait droit aux demandes des requérants : la délibération autorisant la conclusion du contrat avec la SPLAAD est annulée et le juge ordonne que les parties procèdent à la résolution amiable de la convention ou, à défaut, saisissent le juge du contrat (CAA Lyon, 7 nov. 2012, n° 12LY00811, *Association pour la défense du cadre de vie de Marsannay-la-Côte* : JCP A 2013, 2009, note Brameret). Saisi en cassation, le Conseil d'État censure partiellement la décision d'appel. La question posée était celle de savoir dans quelle condition une commune, actionnaire très minoritaire d'une société publique locale, peut exercer sur celle-ci un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, lui permettant d'attribuer sans mise en concurrence une concession d'aménagement à la société, en application de l'article L. 300-5-2 du Code de l'urbanisme. Le juge administratif reprend le raisonnement de la cour administrative d'appel, mais n'en partage pas totalement les conclusions ; il précise ainsi les conditions de reconnaissance des prestations intégrées (1), mais atténue les conséquences de leur violation (2).

1. Les conditions de reconnaissance des prestations intégrées précisées

Le Conseil d'État confirme l'analyse de la cour administrative d'appel quant à l'absence de relation *in house* entre la commune et la société. Pour affirmer que la commune de Marsannay-la-Côte n'exerçait pas sur la SPLAAD un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, le juge procède à l'analyse détaillée du fonctionnement des organes dirigeants de la société. Pour le juge, la commune « d'une part, ne dispose pas d'un représentant propre au sein de son conseil d'administration, alors que cette instance, principal organe de direction de cette société, approuve les concessions d'aménagement, et n'y a voie délibérative que de façon indirecte, par l'intermédiaire d'un représentant commun des petits actionnaires, d'autre part, qu'elle ne peut seule, requérir l'inscription d'un projet à l'ordre du jour, selon l'article 27 des statuts, dès lors qu'elle détient moins de 5 % du capital de la société, et, enfin, qu'aucun des organes au sein desquels elle est directement représentée, que sont l'assemblée spéciale des petits actionnaires, le comité technique et financier et le comité de contrôle, ne disposent, en matière d'exécution des concessions d'aménagement confiées à cette société, d'un pouvoir décisionnaire » (consid. 6). Il reprend ainsi le raisonnement de la cour administrative d'appel, selon laquelle la commune « ne peut donc être regardée comme exerçant (...) un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services, dès lors qu'elle n'exerce, personnellement, aucun contrôle » (CAA Lyon, 7 nov. 2012, *op. cit.*, consid. 11). Le Conseil d'État adopte une lecture restrictive des conditions de reconnaissance de la théorie des prestations intégrées. Sa décision s'inscrit ainsi dans le mouvement européen de réflexion sur les conditions d'application de cette théorie, formalisée dans les propositions de réforme des directives « marchés publics » (20 déc. 2011, COM(2011) 896 final, article 11) et « concessions » (20 déc. 2011, COM(2011) 897 final, article 15).

L'arrêt du 6 novembre 2013 s'inscrit également dans la continuité de la jurisprudence européenne. Selon la décision *Teckal*, les principes européens issus des directives « marchés » (Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 et directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 : JOUE L. 134, 30 avr. 2004) ne peuvent être écartés qu'à la double condition que « la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services » et que « cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détient » (CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, *Teckal SRL*, point 50). Le cocontractant conserve une existence juridique propre, mais doit être dédié à la satisfaction des besoins de la personne publique. La prestation intégrée suppose que l'indépendance statutaire soit compensée par la dépendance fonctionnelle du partenaire contractuel. Reprenant ces critères, le législateur a autorisé les collectivités territoriales ou leurs groupements à créer de tels organismes, supposés être des prestataires par nature intégrés à leurs actionnaires publics : les sociétés publiques locales d'aménagement (L. n° 2006-872, 13 juill. 2006 portant engagement national pour le logement : Journal Officiel 16 Juillet 2006 : AJDA 2006, p. 2371 et s., note Peltier) et les sociétés publiques locales (L. n° 2010-559, 28 mai 2010 pour le développement des sociétés publiques locales : Journal Officiel 29 Mai 2010 ; JCP A 2010, comm. 2229, note Devès ; AJDA 2010, p. 1759 et s., note Nicinski ; RLCT, 2010, n° 60, *Doxster spécial*).

Faisant montre d'un grand pragmatisme, la jurisprudence européenne a progressivement précisé les conditions de reconnaissance d'une prestation intégrée. Ainsi, la détention publique de l'intégralité du capital social d'une société commerciale n'est-elle qu'un indice de l'existence d'un contrôle analogue (CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, *Carbotermo*, pt 38). Ses modalités doivent être précisées en cas de pluri-contrôle public de la société, en particulier dans les relations entre les actionnaires minoritaires et la société. Le juge a ainsi établi une distinction entre contrôle analogue et contrôle identique : il est nécessaire qu'il « soit analogue à celui que cette autorité exerce sur ses propres services, mais non pas qu'il soit identique en tout point à celui-ci » (CJCE, 13 nov. 2008, aff. C-324/07, *Coditel Brabant SPRL c/ Commune d'Uccle*, pt 46). Si le contrôle peut être morcelé entre différentes collectivités, il faut néanmoins que chaque collectivité puisse démontrer la réalité de sa domination propre sur l'entreprise. Pour ce faire, le juge relève que s'il « n'est, certes, pas indispensable que chacune de ces autorités détienne, à elle seule, un pouvoir de contrôle individuel sur cette entité, il n'en demeure pas moins que le contrôle exercé sur celle-ci ne saurait reposer sur le seul pouvoir de contrôle de l'autorité publique détenant une participation majoritaire dans le capital de l'entité concernée et ce sous peine de vider de son sens la notion même de contrôle conjoint » (CJUE, 29 nov. 2012, aff. C-182/11 et C-183/11, *Econord SpA c/ Comune di Cagno, Comune di Varese, Comune di Solbiate*, pt 30). La difficulté réside alors dans l'appréciation des conditions de ce contrôle conjoint. Sur ce point, la cour reprend un raisonnement classique, et transpose le critère de « l'influence déterminante tant sur les objectifs stratégiques que sur les décisions importantes » de la société à la situation du pluri-contrôle public (CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, *Parking Brixen GmbH c/ Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG*, pt 65). De façon expresse, elle précise que le critère du contrôle analogue est satisfait « lorsque chacune de ces autorités participe tant au capital qu'aux organes de direction de ladite entité » (CJUE, 29 nov. 2012, *Econord SpA*, *op. cit.*, pt 33). La décision du Conseil d'État *Commune de Marsannay-la-Côte* s'inscrit directement dans la continuité de la jurisprudence européenne, dont elle reprend presque la lettre. Ainsi, « pour être regardée comme exerçant un tel contrôle sur cette société, (chaque) collectivité doit participer non seulement à son capital mais également aux organes de direction de cette société » (consid. 5).

En revanche, le juge européen n'a pas donné d'interprétation de la notion de « participation » aux organes de direction de la société, semblant déléguer une telle tâche aux juridictions nationales. L'œuvre jurisprudentielle du Conseil d'État demeure, de ce point de vue, inaboutie. Dans le silence de la décision, il semble suffisant que les actionnaires détiennent des sièges - et par conséquent des droits de vote - dans les organes de direction ou d'administration de la société. Mais pourrait-on imaginer que le Conseil d'État valide l'existence d'une relation *in house* dans le cas où, par exemple, le représentant de l'actionnaire ne prendrait pas effectivement part au vote, ou ne siègerait qu'épisodiquement dans

l'assemblée ? Pourrait-on également considérer qu'un actionnaire minoritaire votant systématiquement dans le même sens que l'actionnaire majoritaire de la société « participe » effectivement à la direction de la société ?

Dans l'affaire de la SPLAAD, le Conseil d'État a considéré que la participation de la commune de Marsannay-la-Côte aux organes de direction de la société était insuffisante pour caractériser l'existence d'un contrôle analogue (consid. 6). Dès lors, il confirme l'annulation de la délibération communale autorisant la passation de la convention sans mise en concurrence. Ce faisant, le juge administratif souligne les limites du recours à ce type de société, dès lors qu'un grand nombre de collectivités ou de groupements souhaitent établir des relations contractuelles par application de la théorie des prestations intégrées. Dans ces sociétés, chaque collectivité territoriale doit être représentée (CGCT, art. L. 1524-5), le nombre de sièges détenus par les actionnaires étant proportionnel à la participation au capital (CGCT, art. L. 1524-5), sans pouvoir toutefois dépasser le nombre de dix-huit (C. com., art. L. 225-17 et L. 225-69). Lorsque la société comporte plus d'actionnaires qu'il n'y a de sièges disponibles, les actionnaires très minoritaires sont réunis dans une « assemblée spéciale » (CGCT, art. L. 1524-5), qui dispose d'un siège dans les organes délibérants de la société. De la même sorte, et même dans le cas où la société comporte moins de 18 actionnaires, les petits actionnaires de sociétés commerciales de droit commun ne disposent généralement pas de sièges propres au sein des organes de direction, mais sont représentés par une assemblée spéciale. En effet, il s'agit d'éviter qu'ils bénéficient d'un pouvoir disproportionné au regard de la faiblesse de leur actionnariat. La SPLAAD est, par exemple, constituée autour de treize actionnaires, dont les trois principaux détiennent près de 90 % du capital social. Dans l'hypothèse où son conseil d'administration contiendrait 18 sièges (limite maximale autorisée par la loi), 11 reviendraient à des actionnaires représentant, ensemble, moins 10 % du capital ; ces derniers disposeraient, par contraste, d'un pouvoir de direction beaucoup plus important que celui des actionnaires pourtant ultra-majoritaires.

Les jurisprudences *Econord SpA* et *Commune de Marsannay-la-Côte* excluent, de facto, l'ensemble des actionnaires représentés par l'assemblée spéciale du bénéfice de la théorie des prestations intégrées, ceux-ci ne disposant que d'un pouvoir de contrôle très indirect des organes de direction de la société. Elles favorisent ainsi la multiplication de sociétés constituées autour d'un nombre réduit d'actionnaires (trois ou quatre), disposant de pouvoirs de direction renforcés. Il faut alors s'interroger sur la viabilité économique de telles structures, celles-ci exerçant leurs activités « exclusivement pour le compte de leurs actionnaires et sur le territoire des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités territoriales qui en sont membres » (C. urb., art. L. 327-1, pour les SPLA ; CGCT, art. L. 1531-1, pour les SPL).

Rejoignant l'analyse du juge d'appel quant aux conditions de reconnaissance d'une prestation intégrée, le Conseil d'État s'en éloigne en revanche quant à l'appréciation des conséquences de l'annulation de l'acte détachable du contrat sur la poursuite des relations contractuelles.

2. Les conséquences de la violation des prestations intégrées atténuées

Cherchant à faire annuler le contrat passé en violation des règles de mise en concurrence par la commune de Marsannay-la-Côte avec la SPLAAD, l'Association pour la protection du cadre de vie de Marsannay-la-Côte ne pouvait pas saisir le juge du contrat d'une demande d'annulation, n'étant ni une partie au contrat (CE, 28 déc. 2009, *Commune de Béziers* : GAJA n° 118), ni un tiers évincé de la procédure de passation dudit contrat (CE, 16 juill. 2007, *Société Tropic Travaux signalisation* : GAJA n° 115). Il ne lui restait alors qu'une voie de droit, la plus classique : saisir le juge de l'excès de pouvoir pour faire annuler l'acte détachable du contrat (CE, 4 août 1905, *Martin* : GAJA n° 15), puis celui de l'exécution en lui demandant d'enjoindre sous astreinte l'administration de saisir le juge du contrat (CE, 7 oct. 1994, *Époux Lopez* : AJDA 1994, p. 867 et s., *chron. Touvet et Stahl* ; RFD adm. 1994, p. 1090 et s., *concl. Schwartz, note Pouyaud*), pour que soit prononcée, le cas échéant ou éventuellement, la nullité de ce dernier (CE, 26 mars 1999, *Société Hertz France* : AJDA 1999, p. 427 et s., *concl. Stahl, note Bazac* ; RFD adm. 1999, p. 1999 et s., *note Pouyaud*).

Le juge de l'exécution dispose par ailleurs d'un pouvoir de modulation lui permettant de choisir entre différentes solutions quant à la poursuite des relations contractuelles. Reprenant l'apport de la jurisprudence *Société Ophrys* (CE, 21 févr. 2011, n° 337349, 337394, *Sté Ophrys et Communauté d'agglomération Clermont Communauté* : *JurisData* n° 2011-002144 ; *Rec. CE* 2011, p. 54 ; *Dr. adm.* 2011, *comm.* 47, *note F. Brenet* ; *Contrats-Marchés publics* 2011, *comm.* 123, *note J.-P. Pietri* ; *BJCP* 2011, n° 75, p. 133, *concl. B. Dacosta* ; *AJDA* 2011, p. 1739, *note Vincent-Legoux*), le Conseil d'État rappelle ainsi, dans sa décision du 6 novembre 2013, que, « l'annulation d'un acte détachable d'un contrat n'implique pas nécessairement que le contrat en cause doive être annulé ; qu'il appartient au juge de l'exécution, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, d'enjoindre à la personne publique de résilier le contrat, le cas échéant avec un effet différé, soit, eu égard à une illégalité d'une particulière gravité, d'inviter les parties à résoudre leurs relations contractuelles ou, à défaut d'entente sur cette résolution, à saisir le juge du contrat afin qu'il en règle les modalités s'il estime que la résolution peut être une solution appropriée » (consid. 12).

La divergence entre juge d'appel et de cassation porte alors sur l'appréciation de la nature de l'illégalité commise par la commune. Pour la cour administrative d'appel, l'absence de mise en concurrence, rendue illégale en raison de l'annulation de la délibération autorisant la passation du contrat avec la société publique locale d'aménagement, est « d'une

particulière gravité » et justifie que les parties au contrat résolvent ce dernier à l'amiable ou, à défaut, saisissent le juge du contrat (CAA Lyon, 7 nov. 2012, *op. cit.*, *consid. 15*). Le Conseil d'État estime, au contraire, que ce vice « ne justifie pas, en l'absence de circonstances particulières, que soit recherchée une résolution de cette convention » (*consid. 13*). Pour arriver à une telle solution, le juge de cassation estime que le défaut de mise en concurrence « n'affecte ni le consentement de la personne publique ni le contenu même de la convention » (*id.*) au sens de sa jurisprudence *Société Lyonnaise des eaux France* (CE, 10 déc. 2012 : *Dr. adm.* 2013, *comm. 19*, *note Brenet* ; *RJEP*, 2013, *comm. 29*, *concl. Pellissier*). Il se place ainsi dans une certaine continuité de l'interprétation du critère de la particulière gravité réalisée par le juge du contrat, pour lequel le manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence n'ouvre pas droit à la résolution du contrat, sauf si l'illégalité est suffisamment grave et qu'elle a été commise dans des circonstances particulières manifestant une intention frauduleuse (CE, 12 janv. 2011, *SANEF : Contrats-Marchés publ.* 2011, *comm. 89*, *note Pietri*). Elle est toutefois constitutive d'une atteinte d'une gravité suffisante pour que le juge administratif ordonne la résiliation du contrat, en l'absence de régularisation possible ou d'invocation des parties de motif d'intérêt général à son maintien (*consid. 13*). De ce point de vue, l'arrêt du 6 novembre 2013 s'inscrit dans une tendance plus générale du juge administratif, consistant à faire prévaloir la stabilité des relations contractuelles ou, à tout le moins, à limiter les cas de résolution des contrats en cours, afin d'éviter les recours excessifs à la théorie de l'enrichissement sans cause.

Le non-respect des conditions de reconnaissance d'une prestation intégrée n'est pas révélateur d'une intention frauduleuse de la part de la collectivité territoriale de contourner les règles de mise en concurrence, pouvant conduire à la résolution du contrat. Le Conseil d'État, dans la décision du 6 novembre 2013, fait ainsi preuve d'une certaine clémence envers les cocontractants, en reconnaissant, en quelque sorte, une forme de bonne foi au bénéfice de la commune. Malgré la faiblesse de son actionnariat et, par conséquent, de son influence sur la société, la commune n'a pas cherché à contourner frauduleusement les règles de la concurrence applicables à ses relations contractuelles avec la société publique locale. La décision apparaît, de ce point de vue, comme un rappel à l'ordre, une mise en garde à peu de frais - la résiliation du contrat - adressée aux collectivités territoriales et à leurs groupements.

Au-delà de la portée pédagogique évidente de l'arrêt du 6 novembre 2013, il faut se demander si une telle solution a vocation à être pérennisée. Une fois les conditions de reconnaissance d'une prestation intégrée clairement établies par la loi et précisées par la jurisprudence, il n'est pas certain que le juge conserve une appréhension aussi modérée des conséquences du contournement illégal des règles de mise en concurrence par le recours à des prestataires apparemment intégrés. Bien au contraire, il pourrait, dans des situations similaires, considérer que les actionnaires publics ont sciemment, voire frauduleusement, cherché à contourner le *vade-mecum* applicable aux relations *in house*, et ordonner la résolution amiable du contrat ou la saisine du juge du contrat par les acteurs locaux. La jurisprudence *Commune de Marsannay-la-Côte* mérite ainsi une attention toute particulière de la part des collectivités territoriales et de leurs groupements, invités à s'assurer de la réalité du contrôle analogue qu'ils prétendent exercer sur les sociétés publiques locales dont ils sont actionnaires. Elle apporte une précision utile quant aux conditions du contrôle analogue - la nécessité que l'actionnaire soit directement représentée dans les organes décisionnaires de la société -, mais demeure incomplète en ce qu'elle ne permet toujours pas d'en saisir parfaitement le contenu. La décision du 6 novembre 2013 apparaît, de ce point de vue, comme une touche supplémentaire vers une définition de la notion de prestation intégrée.

Contrats / Marchés publics. - Société publique locale
Contrats / Marchés publics. - In house

[Conflit sur renvoi du Conseil d'Etat

N° 3831 – Société Atexo c/ Association des marchés publics d'Aquitaine (AMPA)

Rapporteur : Mme Guirimand
Commissaire du gouvernement : M. Collin

Séance du 05/03/2012
Lecture du 02/04/2012]

Décision du Tribunal des conflits n° 3831 – Lecture du 2 avril 2012

L'Association « Marchés publics d'Aquitaine » (AMPA), créée à l'initiative de la région Aquitaine, de la communauté urbaine de Bordeaux et de la commune de Floirac à seule fin de mettre à la disposition de ses adhérents une plateforme dématérialisée de gestion des procédures de passation des marchés publics et constituée de personnes publiques et de quelques personnes privées, avait conclu un accord-cadre avec la société Atexo, éditeur de logiciels dédiés aux personnes publiques, en vue de l'exploitation, l'évolution des fonctionnalités et l'hébergement d'un logiciel de gestion de ces procédures. Ayant décidé de résilier cet accord-cadre, elle a lancé une procédure de mise en concurrence pour l'attribution d'un nouvel accord-cadre, conformément aux dispositions du code des marchés publics. La société Atexo, qui n'avait pas été retenue, a saisi le juge des référés du tribunal de grande instance pour voir dire irrégulière la résiliation du premier accord-cadre et enjoindre à l'AMPA d'en poursuivre l'exécution. Le juge judiciaire s'étant déclaré incompétent, la société a saisi le juge administratif qui a rejeté sa requête tendant à l'annulation de la procédure de passation du second accord-cadre.

C'est dans ces conditions que le Conseil d'Etat a, sur le fondement de l'article 35 et, subsidiairement, de l'article 34, du décret du 26 octobre 1849, renvoyé au Tribunal des conflits la question de compétence relative au litige.

Dans la décision commentée, le Tribunal des conflits examine tout d'abord la situation juridique de l'AMPA. A cet égard, il vérifie que cette association de droit privé n'agit pas aux lieu et place d'une personne publique ou au nom et pour le compte d'une personne publique, autrement dit il examine si elle n'est pas « transparente » ou investie d'un mandat d'une personne publique. On sait, en effet, que les critères de la transparence sont constitués d'un faisceau d'indices tirés des conditions de création de la personne morale transparente, de sa direction et du contrôle exercé sur elle, de son financement et de sa mission (CE, 5 décembre 2005, *Département de la Dordogne*, n° 259748, Rec., p. 552 ; CE, 21 mars 2007, *Commune de Boulogne-Billancourt*, n° 281796, Rec. 2007, p. 130 ; TC, 30 juin 2008, *Lenoir c/ Association socioculturelle de l'Ecole nationale des Greffes*, n° 3650). Au vu des éléments du dossier, le Tribunal écarte la « transparence » de l'AMPA, en retenant que, si elle a été créée à l'initiative de collectivités territoriales et si elle rassemble de nombreuses personnes publiques qui lui versent des cotisations et subventions, aucun des membres n'en contrôle seul ou conjointement avec d'autres personnes publiques en application d'un accord ou d'une convention qui les lierait, l'organisation et le fonctionnement ni ne lui procure l'essentiel de ses ressources.

10

Ensuite, le Tribunal exclut l'existence d'un mandat confié à l'AMPA par une des personnes publiques concernées (CE, 10 fév. 2010, *Commune d'Oz-en-Oisans*, n° 306039). De même, il énonce que l'association ne pouvait être regardée comme étant un groupement de commandes ou le coordonnateur d'un tel groupement au sens de l'article 8 du Code des marchés publics, comme l'avait d'ailleurs déjà jugé le Conseil d'Etat (CE, 24 juin 2011, *société Atexo*, n° 347429), dès lors qu'elle est dotée d'une personnalité morale distincte de celle de chacun de ses membres.

Le Tribunal des conflits retient, en conséquence, l'autonomie de l'association « Marchés publics d'Aquitaine » par rapport aux personnes publiques qui en ont eu l'initiative et qui la composent.

Dès lors, le litige, opposant deux personnes morales de droit privé, relève de la compétence de la juridiction judiciaire.

INTERCOMMUNALITÉ

Extension de l'exception «in house»

DOCUMENT n° 3

L'ESSENTIEL

■ **Jurisprudence positive**

Après avoir adopté une jurisprudence restrictive du «in house», le Conseil d'Etat a fait une application positive de la jurisprudence «Teckal» initiant l'extension du «in house» à la coopération entre personnes publiques, précisant que «plusieurs collectivités publiques» pouvaient créer entre elles un organisme pour lui confier la création et la gestion d'un service public.

■ **Dépassement**

La jurisprudence laisse désormais entrevoir des perspectives intéressantes en matière de coopération entre personnes publiques, la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) semble même s'orienter vers un dépassement de la notion de «in house».

UNE ANALYSE DE
Guillaume GAUCH et Anne-Sophie BRIDON,
avocats

Apparue pour la première fois dans les conclusions de l'avocat général, Antonio La Pergola, sous un arrêt de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) du 10 novembre 1998 (1), la notion de contrats «in house» (2) a été consacrée par l'arrêt «Teckal» de la CJCE du 18 novembre 1999 (3).

Aux termes de cette jurisprudence, qui a été intégrée en droit interne à l'article 3, 1^{er}, du Code des marchés publics (4), un contrat de fournitures de travaux ou de services, conclu entre une autorité adjudicatrice et un opérateur économique, n'a pas à être soumis aux règles de la commande publique lorsque, d'une part, l'autorité adjudicatrice exerce sur l'opérateur économique un contrôle analogue – ou comparable – à celui qu'elle exerce sur ses propres services et, d'autre part, lorsque l'opérateur économique réalise avec ladite autorité l'essentiel de ses activités.

Or, dans un contexte de mutualisation croissante des moyens, notamment dans le domaine de l'intercommunalité, la question

de l'extension de l'exception «in house» à la coopération entre personnes publiques est inéluctable et donne lieu à un dialogue entre les juges communautaire et national.

En effet, si l'extension de l'exception «in house» à la coopération entre personnes publiques est essentiellement initiée par le juge communautaire (I), elle est confirmée et encouragée par le juge national (II).

I. Une extension initiée par le juge communautaire

Dès l'arrêt «Teckal» du 18 novembre 1999, s'est posée la question de savoir si l'exception «in house» pouvait être étendue à la coopération entre personnes publiques : les conditions posées par la CJCE n'étant pas dépourvues de toute ambiguïté à ce titre.

En effet, la cour de justice avait considéré que les obligations de publicité et de mise en concurrence n'étaient pas justifiées «dans

À NOTER

Dans un contexte de mutualisation croissante des moyens, la question de l'extension de l'exception «in house» à la coopération entre personnes publiques donne lieu à un dialogue nourri entre les juges communautaire et national.

l'hypothèse où, à la fois, la collectivité territoriale exerce sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalisait l'essentiel

de son activité avec la ou les collectivités qui la détenaient».

Après une période d'application stricte de cette jurisprudence (5), la CJCE avait levé toute ambiguïté en indiquant, dans ses arrêts «Carbotermo» (6) et «Asemfo» (7) que les relations «in house» pouvaient effectivement s'entendre de relations entre un opérateur et plusieurs autorités adjudicatrices, notamment plusieurs collectivités publiques. Plus précisément, s'agissant de la première condition relative au «contrôle analogue», la

DOCUMENTATION

- «La mutualisation des services dans le viseur de Bruxelles», «La Gazette» du 28 mai 2007, p. 10.
- «Mutualisation des services et mise en concurrence», P.-S. Rey, «La Gazette» du 28 mai 2007, p. 52.
- «Vers une gestion in common house», E. de Fenoyl, «La Gazette» du 4 juin 2007, p. 54.
- «La mise à disposition de services», A. Gardère, «La Gazette» du 16 février 2009, p. 48.

RÉFÉRENCES

- Code des marchés publics (CMP), article 3, 1^{er}

CJCE avait considéré dans son arrêt « Carbotermo », repris notamment dans son arrêt « Asemfo », que « la circonstance que le pouvoir adjudicateur détienne seul ou ensemble avec d'autres pouvoirs publics, la totalité du capital d'une société adjudicataire tendait à indiquer, sans être décisive, que ce pouvoir adjudicateur exerçait sur cette société un contrôle analogue à celui qu'il exerçait sur ses propres services » (8).

De même, s'agissant de la seconde condition

À NOTER

Le CJCE a levé toute ambiguïté en indiquant, que les relations « in house » pouvaient s'entendre de relations entre un opérateur et plusieurs autorités adjudicatrices, notamment plusieurs collectivités publiques.

relative à « l'essentiel de l'activité », la cour de justice avait considéré que « dans le cas où plusieurs collectivités détenaient une entreprise, ladite condition pouvait être

satisfaite si cette entreprise effectuait l'essentiel de son activité non pas nécessairement avec telle ou telle de ces collectivités, mais avec ces dernières prises dans leur ensemble » (9).

Après avoir admis la possibilité d'un pluricontrôle, la CJCE a précisé, pour la première fois dans son arrêt « Coditel Brabant SA » du 13 novembre 2008 (10), les modalités d'exercice de ce pluricontrôle. En effet, elle a indiqué que le contrôle n'avait pas à être exercé individuellement par chacune des autorités adjudicatrices, mais qu'il pouvait également être exercé conjointement par celles-ci, statuant, le cas échéant, à la majorité.

La portée de cet arrêt est considérable car s'il concerne les relations qu'entretiennent une structure intercommunale et ses communes membres, sa solution devrait être transposable à l'ensemble des structures de coopération entre personnes publiques. Toutefois, cette extension de l'exception « in house » à la coopération entre personnes publiques doit être contrebalancée par le refus de la CJCE de qualifier un contrat d'« in house » en cas de présence de capitaux privés dans l'organisme prestataire (11) et ce, même lorsque l'entrée de capitaux privés est postérieure à la passation du marché (12).

Cependant, deux arrêts récents de la cour de justice laissent à penser que cette jurisprudence n'est pas définitivement stabilisée. En effet, non seulement la CJCE a récemment

sanctionné d'un simple abus de droit l'entrée de capitaux privés dans l'organisme prestataire postérieurement à la passation du marché (13), mais, par ailleurs, elle a jugé qu'un contrat pouvait être qualifié d'« in house » dès lors que la coopération entre personnes publiques était « uniquement régie par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public » (14). Aussi, il pourrait être envisagé qu'un contrat conclu par une autorité adjudicatrice avec un organisme associant des personnes publiques et des personnes privées, mais « uniquement régi par des considérations et des exigences propres à la poursuite d'objectifs d'intérêt public », pourrait également être considéré comme un contrat « in house ». Une prise de position de la CJCE sur cette question serait donc nécessaire.

Enfin, dans un arrêt du 10 septembre 2009, la Cour de justice des communautés européennes a jugé qu'une société dont le capital était entièrement détenu par des collectivités publiques, mais dont les statuts prévoyaient la possibilité de faire entrer des capitaux privés, ne pouvait suffire à faire obstacle à l'attribution directe du marché et donc à sa qualification de contrat « in house » (15).

La CJCE a, en effet, considéré qu'« admettre que cette simple possibilité puisse indéfiniment tenir en suspens l'appréciation quant au caractère public ou non du capital d'une société adjudicataire d'un marché public [n'était] pas conforme au principe de sécurité juridique ».

Toutefois, elle a tenu à préciser, rappelant en cela sa jurisprudence antérieure, « que, dans l'hypothèse où un marché aurait été attribué sans mise en concurrence à une société à capital public, le fait que, ultérieurement, mais toujours pendant la durée de validité de ce marché, des actionnaires privés soient admis

à participer au capital de ladite société constituerait un changement d'une condition fondamentale du marché qui nécessiterait une mise en concurrence ».

II. Une extension encouragée par le juge national

L'évolution de la jurisprudence du juge national concernant l'extension de l'exception « in house » à la coopération entre personnes publiques est assez similaire à celle du juge communautaire puisqu'il a toujours confirmé la jurisprudence communautaire, voire, est allé au-delà.

En effet, après l'arrêt « Teckal », et suivant en cela la jurisprudence de la cour de justice, le juge national a tout d'abord adopté une jurisprudence restrictive du « in house » (16). Ce n'est qu'à compter de son arrêt de principe en date du 6 avril 2007 que le Conseil d'Etat a fait une application positive de la jurisprudence « Teckal » initiant l'extension du « in house » à la coopération entre personnes publiques, puisqu'il a pris soin de préciser que « plusieurs collectivités publiques » pouvaient créer entre elles un organisme afin de lui confier la création et la gestion d'un service public (17).

Ensuite, dans deux jugements en date du

À NOTER

Le Conseil d'Etat a jugé que le critère du contrôle comparable était satisfait dès lors qu'il prenait la forme d'un contrôle exercé conjointement par les collectivités publiques sur l'organisme prestataire.

14 octobre 2008 qui concernaient cette fois spécifiquement la coopération intercommunale, le tribunal administratif de Pau a jugé que les conventions par lesquelles un

établissement public de coopération intercommunale (EPCI) se voit confier une mission d'assistance à la réalisation de travaux pour le compte de ses communes membres >

(1) Concl. avocat général Antonio La Pergola, sur CJCE 10 nov. 1998, aff. C-60/96, « Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden c/BFI holding BV ».

(2) Également dénommés « contrats de prestations intégrées » ou « contrats de quasi-régie », selon l'expression de la commission générale de terminologie et de néologie, reprise par la direction des affaires juridiques du ministère de l'Économie dans sa fiche technique du 30 janvier 2009.

(3) CJCE 18 nov. 1999, aff. C-107/98, « Teckal SRL c/Cne Viano ».

(4) L'article 3, 1^{er}, du Code des marchés publics tel qu'issu du décret du 1^{er} août 2006 fait toutefois référence à un contrôle « comparable ».

(5) Voir notamment en ce sens : CJCE 21 juill. 2005, aff. C-231/03, « Conama » ou CJCE 13 oct. 2005, aff. C-458/03, « Parking Birken GmbH ».

(6) CJCE 11 mai 2006, aff. C-340/04, « Carbotermo ».

(7) CJCE 19 avr. 2007, aff. C-295/05, « Asemfo ».

(8) CJCE 11 mai 2006, aff. C-340/04, « Carbotermo », point 37.

(9) CJCE 11 mai 2006, aff. C-340/04, « Carbotermo », point 70.

(10) CJCE 13 nov. 2008, aff. C-324/07, « Coditel Brabant SA », point 43.

(11) CJCE 11 janv. 2005, aff. C-26/03, « Stadt Halle ».

(12) CJCE, 10 nov. 2005, aff. C-29/04, « Com. c/Autriche ».

(13) CJCE 17 juill. 2008, aff. C-371/05, « Com. c/Italie ».

(14) CJCE 9 juin 2009, aff. C-480/06, « Com. c/RFA », « La Gazette » 29 juin 2009, p. 47.

(15) CJCE, 10 sept. 2009, aff. C-573/07, « La Gazette » du 5 octobre 2009, p. 51.

(16) En ce sens, CE 27 juill. 2001, req. n° 218067, « Camif ».

(17) CE 6 avr. 2007, req. n° 284736, « Cne Aix-en-Provence », « La Gazette » 23 avril 2007, p. 45.

■ ■ ■ échappaient à l'application des règles de la commande publique en raison de l'existence d'une relation in house entre les co-contractants.

Le tribunal administratif de Pau a, ainsi, fait une application assez audacieuse de la jurisprudence communautaire puisque non seulement, devançant en cela l'arrêt de la CJCE en date du 13 novembre 2008 « Coditel Brabant », il a admis que le contrôle pouvait être exercé conjointement par des personnes publiques, mais surtout il a considéré que ce contrôle pouvait être exercé par 527 communes dans le cadre d'un système représentatif largement indirect au sein de l'EPCI, ce qui aurait pu être considéré comme rendant illusoire le contrôle effectif des collectivités membres.

En revanche, dans son arrêt en date du 4 mars 2009 (18), le Conseil d'Etat est revenu à une application moins déformante de la condition du contrôle analogue puisque, à l'instar de son homologue communautaire, il a jugé que le critère du contrôle comparable était satisfait dès lors qu'il prenait la forme d'un contrôle exercé conjointement par les collectivités publiques sur l'organisme prestataire. Les deux conditions du « in house » étant remplies, le Conseil d'Etat a ainsi pu étendre l'exception du « in house » aux relations entre des établissements publics de santé et un groupement d'intérêt public (GIP) constitué entre lesdits établissements pour la réalisation de prestations informatiques. Tou-

tefois, si cet arrêt concernait la coopération entre personnes publiques dans le domaine hospitalier, compte tenu de la généralité des termes employés par le Conseil d'Etat, il devrait être transposable à toute forme de coopération entre personnes publiques, notamment à l'intercommunalité.

Les jurisprudences, tant communautaire que nationale, laissent donc entrevoir des perspectives intéressantes en matière de coopération entre personnes publiques dans un contexte de mutualisation croissante des services et de réduction des coûts.

Toutefois, une telle extension de l'exception

À NOYER

En dehors même de l'hypothèse du « in house », la CJCE réitère que la coopération entre personnes publiques puisse échapper aux règles de la commande dès lors qu'elle prend la forme d'un contrat et sans qu'il soit nécessaire de recourir à la création d'une structure dédiée.

« in house » présente nécessairement un caractère artificiel dans la mesure où les juges communautaire et national continuent à appliquer la condition du contrôle analogue (ou comparable) telle qu'elle ressort de l'arrêt

« Teckal », alors qu'il est évident que dès lors que plusieurs autorités adjudicatrices exercent conjointement leur contrôle sur un organisme prestataire, ce contrôle ne saurait être comparable à celui qu'elles exercent individuellement sur leurs propres services.

Par ailleurs, jusqu'à présent, seules certaines formes de coopération entre personnes publiques étaient exclues de l'obligation de respecter les règles de la commande publique : celles passant par la création d'un organisme de droit public que les personnes publiques

ont chargé d'accomplir une mission d'intérêt général.

Or, la coopération entre personnes publiques ne saurait se limiter à une coopération structurelle, dans la mesure où de plus en plus de conventions sont conclues entre des personnes publiques pour mutualiser leurs moyens.

Consciente des limites de l'exception du « in house », dans un arrêt en date du 9 juin 2009 (19), la Cour de justice des communautés européennes a admis qu'un contrat conclu entre les services de voirie de la ville de Hambourg et quatre circonscriptions administratives, en vue de mutualiser le traitement de leurs déchets, n'était ni un marché de services, ni un contrat « in house » au sens de la jurisprudence communautaire, mais un contrat de coopération dont la passation n'a pas à être soumise aux règles de la commande publique dès lors que certaines conditions, dont la jurisprudence ultérieure devra préciser si elles sont ou non cumulatives, sont réunies tenant notamment à l'existence d'une mission de service public ou à la présence d'obligations réciproques dépassant la simple prestation de services.

Autrement dit, par cet arrêt et en dehors même de l'hypothèse du « in house », la CJCE admet que la coopération entre personnes publiques puisse échapper aux règles de la commande dès lors qu'elle prend la forme d'un contrat et sans qu'il soit nécessaire de recourir à la création d'une structure dédiée. La Cour semble donc s'orienter vers un dépassement de la notion de « in house », et sa jurisprudence devrait conforter l'Etat français quant à l'avenir de l'intercommunalité. ■

(18) CE 4 mars 2009, « Syndicat national des industries d'information de santé » (SNIIS) reg. n°300481.
(19) CJCE 9 juin 2009, affaire C-480-06, « Commission CE c/ République fédérale d'Allemagne ».

Profitez d'une offre d'emploi pour évaluer les d'informations essentielles pour éviter un concours

La Gazette
c'est votre territoire

Partager avec son équipe les mêmes sources. Les mêmes références.

Multiplier
les moyens d'information

Pour vous abonner maintenant, tapez www.lagazette.fr

la Gazette
le journal des collectivités et des régions

Maitre Guillem CASANOVAS
Avocat, expert

Maitre Rodolphe RAYSSAC
Avocat, expert
Centre de droit Jurisante, CNEH

DOCUMENT n° 4

Prestations fournies par un groupement de coopération et règles de la commande publique

Commentaire de l'arrêt CE, 4 mars 2009, n° 300481, Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS)

Onze établissements hospitaliers et un syndicat interhospitalier ont créé le groupement d'intérêt public Synergie et mutualisation des actions de recherches en informatique de santé (GIP SYMARIS), ayant notamment pour objet la réalisation de prestations de service au bénéfice des membres : *« d'étudier, de concevoir, de développer et de mettre à disposition de ses membres tout système d'information de support aux activités et à la gestion hospitalière, d'assurer les prestations liées à la maintenance et à la gestion de ces systèmes d'information et de gérer des équipements d'intérêt commun nécessaires à l'accomplissement de ses missions »*. Un groupement d'opérateurs économiques, le Syndicat national des industries d'information de santé (SNIIS), craignant sans doute la concurrence directe de ce nouvel acteur, sollicite du Conseil d'État l'annulation pour excès de pouvoir de l'arrêté Interministériel ayant approuvé la convention constitutive du GIP SYMARIS.

A quelles conditions les prestations fournies par un groupement de coopération peuvent-elles échapper aux règles de la commande publique ?

Un des arguments les plus pertinents invoqués à l'appui de cette requête est la contrariété du montage avec les règles de la commande publique : le GIP SYMARIS agissant comme prestataire au bénéfice de ses membres ne saurait se soustraire aux obligations de publicité et de mise en concurrence.

Le Conseil d'État, dans un considérant très pédagogique, précise les conditions dans lesquelles les prestations délivrées par le GIP SYMARIS peuvent être considérées comme étant hors du champ de la commande publique.

Dans le cadre d'une coopération organique, les prestations intégrées bénéficient de l'exemption des règles de la commande publique

Un établissement public responsable d'un service public, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas obstacle, bénéficie d'une grande liberté d'organisation.

Le plus classiquement, deux solutions s'offrent à lui :

- « faire lui-même », c'est-à-dire internaliser la prestation, ce qui nécessite la mobilisation de ressources dont le coût est parfois difficile à maîtriser et,
- « faire faire », c'est-à-dire externaliser la prestation, ce qui implique l'application du code des marchés publics, restreignant considérablement la liberté de choix des partenaires.

Il existe cependant une voie médiane qui permet de s'affranchir de ces deux inconvénients. La « faire en commun », c'est-à-dire faire réaliser la prestation dans le cadre d'une structure de coopération. Cette solution permet en effet de partager le risque d'exploitation avec des partenaires choisis.

En matière hospitalière, la coopération est encadrée par l'article L. 6134-1 du code de la santé publique. Sa mise en œuvre repose sur l'existence d'une véritable communauté d'intérêt entre les partenaires. Autrement dit, l'intérêt de chacun des membres doit se confondre avec l'intérêt commun. Sans cela, la requalification en relation client/fournisseur est inévitable : l'identification d'un prestataire et d'un bénéficiaire distincts déclenche l'application du droit de la commande publique (article 1^{er} du code des marchés publics).

Dans l'hypothèse d'une coopération simplement conventionnelle, la distinction entre coopération et prestation de service n'est généralement pas difficile à faire : il suffit de mettre en évidence une prestation à titre onéreux, délivrée par l'un des partenaires au bénéfice de l'autre. Il n'en est pas de même lorsque le partenariat est incarné dans une structure dotée de la personnalité juridique (GIP, GIE, GCS). En effet, comment distinguer le prestataire du bénéficiaire lorsqu'il est présent des deux côtés de la relation économique ? Dans quelles conditions peut-on considérer qu'une structure de coopération n'est plus un opérateur sur un marché concurrentiel ?

Cette difficulté a été abordée par la jurisprudence communautaire (CJCE 18 nov. 1999, Teckal, aff. C-107/98). La solution, désormais reprise par les textes, consiste à exclure du champ d'application du droit de la commande publique les situations dans lesquelles la prestation peut être considérée comme totalement intégrée (qualifiée par le ministère de l'Économie, de l'Industrie et de l'Emploi de « contrat de quasi règle », en anglais, « in house ») :

« Les dispositions du présent code ne sont pas applicables aux marchés (...) conclus entre un pouvoir adjudicateur et un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005 relative aux marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics » (article 3-1 du code des marchés publics).

Dans l'affaire SNIIS, la haute juridiction reconnaît le caractère « in house » des prestations délivrées par le GIP SYMARIS à ses membres. Pour parvenir à cette conclusion, elle est amenée à préciser les conditions de l'exception « in house ».

Les conditions de l'exception « in house »

Pour conclure à la qualification « in house » des prestations que le GIP SYMARIS a vocation à réaliser au bénéfice de ses membres, le Conseil d'État vérifie trois critères :

- l'existence d'une coopération organique : « (...) si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public (...) ». Il en découle que

les coopérations conventionnelles d'une part, et, d'autre part, les prestations fournies par la structure de coopération au bénéfice de tiers au groupement sont exclues de l'exception « in house » ;

- l'objet de l'organisme de coopération doit être de réaliser l'essentiel de ses services au bénéfice des membres :

« (...) dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité (...) ». Par ce critère, le Juge peut vérifier la réalité de la communauté d'intérêt incarnée par la structure de coopération : l'activité de la structure de coopération doit être le reflet d'une relation exclusive qui situe le rapport entre le bénéficiaire et le prestataire en dehors de tout champ concurrentiel. Les activités accessoires développées par la structure de coopération ne sont pas totalement prohibées. Ainsi que le constate le Minéfi, la jurisprudence ne fixe pas de seuil chiffré, mais admet une « diversification purement accessoire » (CE, 6 avril 2007 Commune d'Aix-en-Provence, n° 284736) ;

- les membres bénéficiaires doivent exercer un contrôle sur la structure de coopération ;

« (...) dès lors (...) qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services (...) »

Des trois critères imposés par les textes, celui du contrôle était le plus incertain.

En effet, ainsi qu'il a été souligné par la doctrine « la coopération entre pouvoirs adjudicateurs peut-elle s'inscrire dans le cadre de la théorie du in house ? », la réalité du contrôle exercé par le bénéficiaire sur une structure de coopération dont il est membre est très éloignée de celle qu'il exerce sur ses propres services !

À cet égard, le Conseil d'État précise que la notion de contrôle doit être d'exercice « conjoint ». Il faut comprendre que le Juge vérifie le degré d'indépendance de la structure de coopération. C'est donc la finalité de la coopération qui est en cause : la structure de coopération doit se limiter à n'être que la prolongement de l'activité de ses membres.

À retenir

Lorsqu'elles demeurent le prolongement de l'activité des partenaires, les structures organiques de coopération hospitalières sont considérées par le Juge comme agissant hors du champ concurrentiel. En conséquence, elles sont exemptées de l'application de la réglementation de la commande publique pour les prestations qu'elles délivrent à leurs membres. Pour affirmer cette exemption, le Juge vérifie qu'elles demeurent contrôlées par les membres et qu'elles réalisent l'essentiel de leur activité au bénéfice de ces derniers. ■

➤➤ Extrait de l'arrêt CE, 4 mars 2009, n° 300481, SNIIS

« Considérant (...) que les collectivités publiques peuvent recourir à leurs propres moyens, pour assurer, dans le cadre de leurs compétences, les prestations répondant à leurs besoins ; qu'elles ne sont pas tenues de faire appel à des tiers, en particulier à des entreprises, en passant avec eux des marchés publics ; que, si plusieurs collectivités publiques décident d'accomplir en commun certaines tâches et de créer à cette fin, dans le respect des dispositions législatives et réglementaires qui leur sont applicables, un organisme dont l'objet est de leur fournir les prestations dont elles ont besoin, elles peuvent librement faire appel à celui-ci, sans avoir à le mettre en concurrence avec des opérateurs dans le cadre de la passation d'un marché public, dès lors qu'il leur consacre l'essentiel de son activité et qu'elles exercent conjointement sur lui un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services, un tel organisme ne pouvant en effet être regardé, alors, comme un opérateur sur un marché concurrentiel ; que cet organisme peut notamment prendre la forme d'un groupement d'intérêt public créé en application des dispositions de l'article L. 6134-1 du code de la santé publique en vue d'assurer certaines prestations répondant aux besoins de ses membres ; que, par suite, et alors même qu'en l'espèce l'article 9 de la convention constitutive du GIP-SYMARIS prévoit le paiement par les nouveaux membres, au titre de la contribution au fonctionnement du groupement, d'un droit d'usage du logiciel qu'il a développé, le syndicat requérant n'est pas fondé à soutenir que la création de ce groupement a été approuvée en méconnaissance des règles applicables aux marchés publics (...) »



Actualités

CHT et coopérations

Sur le web

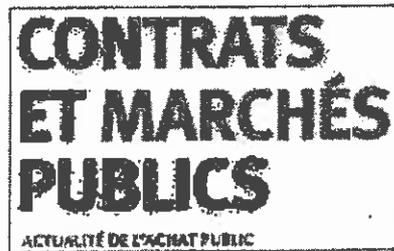
Efficience médico-économique

Reflexions hospitalières

International

Librairie

Offres d'emploi



Contrats et Marchés publics n° 7, Juillet 2007, étude 14

Le renouvellement de la théorie de la transparence des personnes privées . - À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 21 mars 2007, n° 281796, Cne de Boulogne-Billancourt

Etude par François LICHÈRE
 professeur agrégé de droit public - université Montpellier I, Consultant - Eversheds Paris

Sommaire

La théorie de la transparence des personnes privées, qui consiste pour le juge à ne pas s'en tenir à l'apparence de la personnalité privée d'une personne morale pour déceler la présence d'une personne publique derrière elle, peut se réclamer d'une certaine ancienneté^{Notes 1}. Le Conseil d'État vient toutefois de lui donner un bain de jeunesse en apportant d'intéressantes clarifications quant à la notion et quant au régime juridique qui en découle du point de vue contractuel^{Notes 2}. Le premier apport de l'arrêt *Commune de Boulogne-Billancourt*, et non le moindre, est, pour le juge administratif, de consacrer *expressis verbis* la notion de transparence d'une association, alors que cette expression n'avait jusqu'alors eu les faveurs que de la doctrine^{Notes 3}, du juge financier^{Notes 4} ou du juge pénal^{Notes 5}. Il rend ainsi hommage au doyen Aubry qui, dans une substantielle note de jurisprudence, avait donné à cette théorie ses lettres de noblesse^{Notes 6}.

1. - Les faits de l'affaire étaient relativement simples : l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt avait confié par contrat à la société Mayday Sécurité une mission de contrôle et de sécurité de la patinoire. À la suite d'un changement de majorité au sein du conseil municipal, les subventions habituellement versées à cette association avaient été supprimées de telle sorte que l'association avait été mis en règlement judiciaire et n'avait pu honorer une dette de 37 206 euros à l'égard de la société Mayday Sécurité. Celle-ci saisit le tribunal administratif qui fit droit à sa demande d'indemnités par un jugement du 9 avril 2002, tout comme la cour administrative d'appel de Paris par un arrêt du 20 avril 2005^{Notes 7}. Le Conseil d'État entérine ici très largement le raisonnement de la cour, à un détail près^{Notes 8}, et conclut à la responsabilité de la commune. Le principal apport de l'arrêt, outre la consécration de l'adjectif « transparente » avec usage de guillemets^{Notes 9}, réside dans la référence à des critères précis, là où d'habitude le juge administratif procédait par la technique du faisceau d'indices pour reconnaître la transparence d'une association. Il pose ainsi une nouvelle méthode d'identification de l'association transparente (1) avant d'en faire découler un certain nombre de conséquences, elles aussi novatrices, même si l'on peut s'interroger sur les implications éventuelles qui pourraient en résulter, pour le cas des associations et même au-delà (2).

1. Le renouvellement de la méthode d'identification de la transparence d'une personne privée

2. - De manière claire, le Conseil d'État pose les critères de la transparence de l'association et, de façon plus générale, de toute personne privée, sans utiliser, semble-t-il et contrairement à ce qu'il faisait auparavant, la technique du faisceau d'indices. Il ne fait par ailleurs aucune allusion à l'existence d'un mandat, ce qui paraît condamner cette théorie comme fondement de la solution.

A. - Les critères d'identification de la transparence et l'abandon de la technique du faisceau d'indices

3. - En indiquant que « lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle

17

l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme « transparente » et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs », le Conseil d'État a, semble-t-il, enrichi la jurisprudence relative aux institutions transparentes en en donnant une définition claire et univoque.

Jusqu'à présent, en matière contractuelle, on ne disposait que de la décision *Laurent* du Tribunal des conflits de 1985^{Note 10} qui s'était fondé sur « la composition et le mode de financement » de l'association pour conclure au caractère administratif du contrat. Mais, dans d'autres domaines, la transparence avait été consacrée à partir d'indices partiellement différents. Par exemple, en matière de définition du service public, la transparence avait été établie par référence à l'objet de l'association mais aussi aux éléments organiques (composition) et fonctionnels (personnels)^{Note 11} ou encore dans une autre affaire, par référence à l'objet, aux éléments organiques, fonctionnels et financiers^{Note 12}.

En matière d'acte unilatéral, le Conseil d'État a pu conclure au caractère administratif d'une décision du président d'une association aux motifs que cette association est « statutairement présidée par le maire de Paris et que son bureau est composé de deux élus et de deux hauts fonctionnaires de la ville ; qu'elle ne perçoit pas de cotisation et que l'essentiel de ses ressources est constitué par les subventions municipales ; que les actions d'information entreprises, sous l'autorité du maire, par la direction générale de l'information et des relations publiques de la ville et notamment celles qui sont critiquées par M. Divier dans la présente affaire, sont menées en partie directement par les services de la ville et en partie par l'intermédiaire nominal de l'association, pour des raisons de commodité, sans que cette dualité apparente des intervenants ne porte atteinte à leur cohésion », ce qui renvoie aux éléments organiques, fonctionnels et financiers^{Note 13}. Dans ces deux cas (définition du service public et acte administratif unilatéral), la transparence a pour conséquence de dispenser le juge de rechercher l'existence de prérogative de puissance publique comme il le faisait habituellement en présence d'une personne privée^{Note 14}, manifestant par là l'assimilation entre les associations transparentes et les personnes publiques.

En matière de responsabilité, l'identification de la transparence de l'association a varié dans le temps. Si, dans un premier temps, le Conseil d'État avait reconnu la responsabilité d'une commune du fait d'une association transparente, il avait ensuite dans l'arrêt *Vanderiele* du 21 mars 1980^{Note 15}, pour dénier toute responsabilité d'une commune dans la survenance d'un dommage subi par un enfant lors d'une colonie de vacances organisée par une association, estimé que cette association « a une personnalité morale distincte de celle de la commune de Suresnes, ainsi qu'une existence effective ». Cette jurisprudence s'inscrit en faux avec la jurisprudence antérieure puis postérieure. L'arrêt *époux Birem* du 26 février 1982^{Note 16} admet de se prononcer sur l'éventuelle responsabilité de la commune de Marseille pour un accident survenu lors d'une colonie de vacances organisée par une association placée « sous la direction du maire et la surveillance de l'administration municipale » qui « ne fonctionne pas dans des conditions analogues à celles des organismes similaires relevant d'institutions de droit privé ». On a du mal à percevoir une réelle différence entre les circonstances propres à chacun de ces deux arrêts du Conseil d'État rendus à deux ans d'intervalle. Quoiqu'il en soit, le juge appliquait en règle générale la théorie de la transparence à partir de la technique du faisceau d'indices.

4. - De cet ensemble jurisprudentiel, il résultait un certain sentiment d'impressionnisme, qui découlait naturellement de la technique utilisée, celle du faisceau d'indices^{Note 17}, qui a l'avantage de la souplesse mais l'inconvénient de l'imprévisibilité. Or, la définition employée désormais nous semble impliquer nécessairement que pour qu'une association soit considérée comme transparente, il faut non seulement qu'elle soit créée par elle, mais aussi que son mode d'organisation et de fonctionnement soit sous le contrôle d'une personne publique qui lui procure l'essentiel de ses ressources. Ces quatre critères (originel, organique, fonctionnel et financier) doivent s'entendre, si l'on comprend bien la formule utilisée, de manière cumulative pour permettre de conclure à la transparence de la personne privée. Cette interprétation découle notamment de la généralité des termes : ce n'est pas l'association en cause qui est transparente compte tenu de tel ou tel indice mais toute personne privée (« lorsqu'une personne privée... »). Là réside la principale nouveauté de cet arrêt et l'on peut se féliciter de cette contribution à la sécurité juridique, même si c'est au prix d'une réduction de la catégorie d'association transparente puisqu'il suffit qu'un critère fasse défaut pour que la personnalité de l'association reprenne le dessus.

5. - En l'espèce, le juge n'a eu guère de difficultés pour conclure que toutes les conditions requises étaient remplies, cette appréciation ayant été opérée par la cour administrative d'appel sans dénaturation. L'association a bien été créée par la personne publique ; elle était, au moment où le contrat a été passé, contrôlée par la commune puisque son conseil d'administration était composé de treize membres dont onze membres de droit appartenant au conseil municipal et qu'elle exerçait un contrôle prépondérant sur les modalités de fonctionnement des équipements sportifs gérés par l'association ; enfin, plus de la moitié de ses ressources provenaient de la commune. Certains critères mériteront d'être précisés : que faut-il entendre par contrôle ? L'essentiel des ressources signifie-t-il *a minima* plus de la moitié ou peut-on, comme pour la détermination du critère financier de la délégation de service public, envisager un financement public moindre ? Il y a là nécessairement place pour une certaine marge d'appréciation des juges du fond. Mais il y a indéniablement un effort didactique opéré et l'on ne peut que s'en féliciter. Au passage, le juge indique implicitement (ce point n'apparaissant explicitement que dans l'arrêt de la cour) qu'il importe peu que, par la suite, la commune se soit retirée de l'organisation et du fonctionnement de l'association puisque la transparence s'apprécie logiquement au moment où le contrat a été signé s'agissant de l'établissement de la nullité du contrat pour défaut de mise en concurrence préalable.

6. - Ce qui frappe aussi dans cet arrêt est la généralité non pas seulement de la définition mais aussi des personnes visées : le Conseil d'État, contrairement à ses habitudes, étend la définition au-delà du cas d'espèce (relatif à une association) pour englober toutes les personnes privées. Il est possible de s'interroger sur les conséquences qui pourraient résulter de cette transparence pour certaines sociétés (cf. *infra* 2).

7. - Cette technique de la transparence est à mettre en parallèle avec une autre technique - que l'on aurait tort de confondre - qui consiste à rechercher le caractère fictif d'une institution, autrement dit qui s'attache aux éléments démontrant une inexistence *de facto*, apportant la preuve qu'une structure n'a été qu'une « coquille vide ». Si, par le passé, le Conseil d'État a pu aussi s'appuyer sur des indices qui renvoyaient à cette idée en les mêlant à ceux de la transparence d'une association^{Nota 18}, il ne semble plus aujourd'hui en faire cas pour les personnes privées. En revanche, la technique de l'inexistence de fait a été utilisée récemment à propos d'un établissement public, dans un contexte tout autre il est vrai^{Nota 19}. Pas plus que pour la théorie de l'inexistence de fait, la solution retenue ici ne peut être fondée sur l'existence d'un mandat.

B. - Le rejet de la théorie de mandat comme fondement de l'administrativité des contrats des personnes privées transparentes

8. - La tentation a pu exister de fonder la solution de l'administrativité des contrats des associations transparentes (sous réserve que le critère matériel soit rempli, ce qui était le cas en l'espèce s'agissant de l'exécution de missions de service public) sur l'existence d'un mandat passé entre la personne publique et la personne privée transparente^{Nota 20}. Il est vrai que la théorie du mandat en droit administratif fait l'objet d'interprétations divergentes de la doctrine, divergences qui se nourrissent de ce qu'il faut bien appeler les atermoiements de la jurisprudence et qui portent en particulier sur la manière d'identifier l'existence d'un mandat^{Nota 21} et sur ses conséquences en droit administratif. Pour notre part, nous sommes enclins à penser que seules deux différences existent entre le mandat de droit administratif et le mandat de droit privé. D'une part, le juge pourra tirer les conséquences du mandat (effet de représentation) même si le mandataire n'a pas indiqué à son cocontractant qu'il agissait en tant que mandataire, autrement dit quand il a agi pour le compte de son mandant mais pas « au nom et pour le compte » de lui comme l'exige l'article 1984 du Code civil pour caractériser le contrat de mandat. La référence habituelle à l'existence d'une action de la personne privée menée « pour le compte » d'une personne publique est d'ailleurs pour beaucoup dans la confusion qui règne en doctrine et jusqu'au sein du Conseil d'État si l'on veut bien considérer que l'expression se retrouve dans un nombre considérable d'hypothèses qui n'ont rien à voir avec le mandat^{Nota 22}. Il est heureux sur ce point que cette expression n'apparaisse pas dans l'arrêt *Commune de Boulogne-Billancourt*. D'autre part, la victime d'un mandataire d'une personne publique peut actionner à loisir le mandataire ou le mandant (quitte à ce qu'il y ait action récursoire de l'un vers l'autre par la suite), elle dispose donc d'une option, ce qui paraît la conséquence logique de la première spécificité du mandat de droit administratif puisque la victime n'a pas forcément connaissance que le mandataire agissait pour le compte du mandant s'il ne s'est pas présenté à ce titre.

9. - Compte tenu de la méthode de reconnaissance de l'existence d'un mandat, qu'il faut bien qualifier d'impressionniste, le mandat pouvait apparaître comme un moyen commode de justifier la compétence administrative : la personne publique aurait confié un mandat à la personne privée et par effet de représentation, le contrat matériellement passé par cette dernière devrait être considéré comme juridiquement passé par la personne publique. Comme il n'existe pas de contrat de mandat exprès passé entre la personne publique et la personne privée transparente (on peut même se demander si parfois il existe un contrat tout court), on justifie alors la solution par l'idée de mandat tacite, théorie présente également dans certains cas en droit privé^{Nota 23}. À l'appui de cette thèse, il est vrai que les conséquences du mandat sont parfois présentées comme rendant « transparent » le mandataire^{Nota 24}.

10. - Pourtant, trois arguments plaident en faveur de la distinction entre le mandat et la théorie de la transparence.

En premier lieu, dans l'espèce commentée comme par le passé, le juge n'a jamais fait référence à l'existence d'un mandat avant de conclure à la transparence d'une personne privée. Invoquer la théorie du mandat revient donc à supposer que le juge aurait implicitement consacré un mandat lui-même tacitement passé entre la personne publique et l'association. Il faut bien reconnaître que cela fait beaucoup de suppositions, en tout cas trop pour tirer des conséquences définitives en ce sens. Au demeurant, le commissaire du Gouvernement a pris le soin de bien indiquer que l'on n'était pas en présence d'un mandat^{Nota 25}.

En second lieu, la transparence est consubstantielle à l'institution déclarée transparente alors que dans le contrat de mandat cette transparence est temporellement et matériellement limitée. Autrement dit, en présence d'une association transparente, il y a toujours transparence, contrairement à l'hypothèse d'un mandat. Certes, on pourrait arguer que la personne publique, en créant une association et en lui donnant des missions de service public, lui a confié un mandat général et non limité dans le temps, le mandat pouvant prendre fin à tout moment si la personne publique en décide ainsi (principe civiliste de la révocation du mandat *ad nutum* - d'un signe de la tête - par le mandant que l'on retrouve à l'article 2004 du Code civil). Mais ce serait alors faire fi de la relativité de la transparence du mandataire pendant la durée du mandat que l'on ne retrouve pas en présence d'une personne privée transparente. Le mandataire engage son mandant

pour autant qu'il ne dépasse pas le cadre de son mandat. Si tel est le cas, il engagera alors sa propre responsabilité^{Note 26}. En outre, dans le mandat de droit administratif, le juge reconnaît la possibilité de se retourner contre le mandant comme contre le mandataire, au choix de la victime^{Note 27}. Or en matière de responsabilité des associations transparentes, c'est toujours jusqu'à présent la personne publique qui s'est vue actionnée^{Note 28}, ce qui paraît logique puisque c'est bien structurellement que l'association est transparente.

En troisième et dernier lieu, les effets de la transparence ne sont pas toujours identiques à ceux du mandat : parfois, le juge fait jouer la transparence de la personnalité morale en écartant purement et simplement celle-ci, auquel cas les effets seront identiques à ceux du mandat puisque c'est la personne publique qui sera engagée par l'action de la personne privée ; à d'autres moments, sans que cette différence soit explicable, le juge se contente de faire jouer la transparence de la personnalité privée mais l'association est toujours juridiquement impliquée^{Note 29}. Tel n'était toutefois pas le cas en l'espèce puisque c'est bien la personne publique qui a du subir les conséquences de l'action de la personne privée rendue transparente par le juge.

2. Les implications de la transparence des personnes privées

11. - Le Conseil d'État, après avoir pris le soin de déclarer l'association transparente, en tire les conséquences quant à la nature du contrat passé, qualifié ici d'administratif, ce qui lui permet d'admettre la compétence de la juridiction administrative. Mais les conséquences de cette qualification ne s'expriment pas qu'en termes de compétences juridictionnelles ; elles emportent aussi des conséquences quant aux règles de fond du droit des contrats. Par ailleurs, la généralité de la définition de la transparence adoptée ici pourrait conduire le juge à un certain nombre d'ajustements à l'avenir. On tentera donc d'examiner ce que pourraient être les implications de ce renouvellement de la théorie de la transparence dans un avenir proche.

A. - Les implications de la théorie de la transparence au cas d'espèce

12. - L'affaire tranchée par le Conseil d'État permet de clarifier certains points en matière contractuelle. Tout d'abord, il paraît clair que le juge procède à une substitution de la commune à l'association. Aux yeux du Conseil d'État, c'est bien la commune qui doit être regardée comme ayant conclu le contrat puisqu'il fait référence à l'Administration en la considérant comme partie au contrat (« le cocontractant de l'Administration »). La transparence joue ici à plein puisqu'il n'y a pas seulement transparence de la personnalité privée mais de la personnalité morale elle-même. Or, tel ne semblait pas être le cas de la décision *Laurent* du Tribunal des conflits qui se bornait à parler de contrat administratif passé entre l'association et un tiers, un arrêt du Conseil d'État semblant confirmer ce point^{Note 30}. Il subsistait aussi une certaine ambiguïté sur ce point dans l'arrêt de la cour attaqué. Le commissaire du Gouvernement Boulouis avait justement relevé que « La cour paraît avoir mêlé deux idées différentes : d'une part, l'association ne serait qu'un service de la commune, d'autre part et par voie de conséquence le contrat aurait été passé « pour le compte » de la commune. De deux choses l'une en effet, soit l'association existe et dans cette hypothèse elle peut avoir passé un contrat pour le compte de la commune, soit elle est fictive et ce n'est pas pour le compte que le contrat a été passé mais par la commune elle-même »^{Note 31}. Mais le Conseil d'État passe sur la contradiction de la cour pour ne retenir que l'affirmation selon laquelle l'association en cause devait être regardée comme un service de la commune. On remarquera au passage que le commissaire du Gouvernement ne distingue pas, contrairement à nous, entre transparence et fiction de l'institution. Il est vrai que les conséquences sont les mêmes lorsque la transparence s'applique à la personnalité morale. Néanmoins, les critères diffèrent puisque dans le cas d'association seulement transparente, l'association peut revêtir une certaine réalité (personnel employé, bénévoles, etc.) alors que l'association fictive n'est qu'une « coquille vide ». Quoiqu'il en soit, le Conseil d'État ne s'appuie pas ici sur l'absence d'existence de fait de l'association mais bien sur des éléments qui conduisent à conclure que, bien qu'ayant une certaine réalité, cette association n'est que l'instrument de la commune.

13. - Par voie de conséquence, et pour la première fois, le Conseil d'État déduit de la transparence de l'association, qui n'était qu'un démembrement de la commune, le fait qu'elle aurait dû respecter le Code des marchés publics, estimant que la cour a eu raison de qualifier le contrat en cause de marché public de services. La solution n'allait *a priori* pas de soit puisque l'article 2 du Code des marchés publics, qui définit les personnes soumises au code, ne fait pas mention des associations. Au demeurant, ce type d'association peut être vu comme un pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005^{Note 32} puisqu'elle avait certainement les caractères de l'organisme de droit public au sens de la directive 2004/18 du 31 mars 2004^{Note 33}. Mais, d'une part, cette notion n'existait pas au moment de la signature du contrat^{Note 34}, et d'autre part, le juge a manifestement préféré imposer exactement les mêmes obligations que celles qui s'imposent à la commune et considéré que c'est juridiquement la commune qui a passé le contrat même si matériellement c'est l'association qui l'avait conclu^{Note 35}. Le Conseil d'État rejoint ici un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation qui avait jugé le Code des marchés publics applicable à une association transparente^{Note 36}. Or, le contrat qui a été passé sans mise en concurrence préalable en contrariété avec le Code des marchés publics est nul et le juge en tire les conséquences en termes de responsabilité.

14. - La question de la responsabilité soulevait en elle-même d'autres questions de droit qui n'avaient pas toutes trouvées réponses par le passé. On se bornera à les évoquer succinctement. Le Conseil commence par rappeler qu'un requérant

peut, y compris pour la première fois en appel et alors même que le moyen invoqué, qui n'est pas d'ordre public, se rattache à une cause juridique distincte du moyen invoqué en première instance, se placer sur un terrain nouveau dans un cas exceptionnel. Cette dérogation aux règles de cristallisation du contentieux se justifie par le prononcé de la nullité du contrat en cours d'instance, qui a pour effet d'ouvrir au requérant le terrain de la responsabilité quasi-délictuelle et de l'enrichissement sans cause alors qu'il avait initialement invoqué la seule responsabilité contractuelle^{Note 37}. Si, par la suite, le Conseil dénote une dénaturation des pièces du dossier et évoque l'affaire, il réduit l'indemnisation de la société requérante en raison de dépenses qui n'étaient ni utiles ni acceptées par l'association. Enfin, il décide d'appliquer la TVA à l'indemnisation mise à la charge de la commune, nonobstant la nullité du contrat, solution inédite mais qui peut se réclamer d'une certaine cohérence jurisprudentielle^{Note 38}.

15. - Classiquement donc, la commune doit assumer la responsabilité des actes de son association déclarée transparente, même si c'est la première fois qu'un contrat (ou plutôt sa nullité) est le fondement de cette responsabilité et que la transparence en question a été redéfinie pour l'occasion. On peut s'interroger sur les conséquences à venir de cette redéfinition.

B. - Les implications potentielles du renouvellement de la théorie de la transparence

16. - Si notre lecture de l'arrêt est la bonne, c'est-à-dire si les critères évoqués doivent s'entendre de manière cumulative et non comme un faisceau d'indices, alors il est certain que le champ de la transparence s'en trouvera réduit, puisqu'il suffira qu'un critère soit absent pour que l'institution en cause ne soit pas déclarée transparente.

17. - En second lieu, cette redéfinition de la transparence est susceptible de s'appliquer aussi en matière de contrats d'agents publics. Alors que, pendant longtemps, le juge refusait d'appliquer la théorie de la transparence des associations dans des contentieux concernant des employés de ces associations, créant ainsi un bloc de compétence en la matière, le Conseil d'État est revenu sur cette solution en 2001. Les trois cours suprêmes avaient, initialement et dans un bel ensemble, écarté systématiquement la théorie de la transparence quand l'occasion de l'évoquer se présentait. Le Tribunal des conflits dans ses décisions *Du Puy de Clinchamps et Glogowski*^{Note 39}, la Cour de cassation dans son arrêt *Mestier*^{Note 40} puis le Conseil d'État dans une affaire *Syndicat général des personnels des affaires culturelles*^{Note 41} s'étaient bornés à constater que les contrats étaient passés entre deux personnes privées et que par conséquent les contentieux nés de ces contrats de travail étaient judiciaires, parfois en précisant « quelles que soient [les] modalités de fonctionnement et de financement » de l'association, soulignant par là le refus de faire application de la théorie de la transparence dans ces hypothèses. Or, par un avis *Milles Joly et Padroza*, le Conseil d'État a estimé que les contrats emploi solidarité conclus par une association transparente l'avaient été pour le compte de l'État^{Note 42}. Au moins un arrêt de cour administrative d'appel l'a confirmé, avec pour conséquence la mise en cause de la personnalité publique elle-même^{Note 43}. La redéfinition de l'association transparente aura donc certainement vocation à s'appliquer aussi à ces contrats là.

18. - La troisième implication potentielle est de mettre probablement fin à l'ambivalence de la transparence : alors qu'en matière de responsabilité c'était la personne publique qui se trouvait mise en cause (ce que nous avons appelé transparence de la personnalité morale), dans d'autres hypothèses la transparence ne jouait qu'à l'égard de la personnalité privée, l'association se trouvant seule partie au litige. Ainsi en allait-il en matière de contrats dans l'affaire *Laurent* précitée. On veut espérer que cette clarification opérée en matière contractuelle vaudra pour tout type de contentieux : la transparence devrait signifier en toute hypothèse que l'association doit être considérée comme un service de la personne publique et donc que c'est bien juridiquement la personne publique qui est présente.

19. - La dernière implication potentielle tient aux personnes visées. Le Conseil d'État n'a pas limité la portée de l'arrêt aux seules associations mais a fait référence à toutes les personnes privées. Potentiellement donc, elle est susceptible de s'appliquer à d'autres personnes privées, à l'image des sociétés d'économie mixte. Pareille extension pourrait néanmoins poser problème : serait-il bien logique que la responsabilité d'une société d'économie mixte puisse être recherchée auprès d'une personne publique alors même que le législateur a, contrairement aux associations, expressément prévu un tel usage de sociétés par les personnes publiques^{Note 44} ? Il y aurait là une évolution considérable au regard de la jurisprudence actuelle. Il est remarquable en tout cas que le Tribunal des conflits a fait application de la théorie de la transparence à une société, du moins à la lecture des conclusions du commissaire du Gouvernement Stahl^{Note 45}.

20. - Il est également possible de se demander si cette extension de la transparence à l'ensemble des personnes privées rend caduque les quatre autres exceptions au critère organique du contrat administratif (*société entreprise Peyrot*, *SERM*, *Nersa et Compagnie d'assurances Gan-Vie*)^{Note 46}. Nous avons, par le passé, appelé de nos vœux une extension de ces hypothèses sur la base de la théorie de la transparence. Mais c'était alors dans l'optique plus simple de compétence contentieuse, afin de renforcer la compétence administrative, et nullement pour écarter la personne privée du litige^{Note 47}. Nous serions d'ailleurs favorable à ce que la transparence ne joue qu'à l'égard de la compétence contentieuse, et non pour écarter la personnalité morale. Comme a pu le dire un commissaire du Gouvernement, un verre, même transparent, n'en existe pas moins. Il aurait été plus logique de réserver la solution de la substitution de la personne publique au seul cas de la fiction de la personne morale (hypothèse de la « coquille vide »). Et en ce cas, il serait alors possible d'étendre la transparence à un certain nombre d'organismes « sous influence publique » pour reprendre la terminologie

communautaire. Pareille extension aurait le mérite de la clarté à partir du moment où il n'y aurait plus besoin de s'interroger sur le fait de savoir si l'on se trouve dans une des (obscur) hypothèses d'action « pour le compte » d'une personne publique. Elle aurait aussi le mérite d'être en plus grande cohérence avec le droit communautaire qui ne s'arrête pas à la personnalité privée pour imposer des obligations de mise en concurrence. Sur ce dernier point d'ailleurs, il ne devrait pas y avoir totalement correspondance entre la théorie de la personne privée transparente, telle qu'elle résulte de l'arrêt *Commune de Boulogne-Billancourt*, et la notion d'organisme de droit public au sens des directives communautaires marchés, si l'on veut bien adopter la lecture que nous proposons de cet arrêt : si tous les éléments avancés sont bien des critères cumulatifs, alors la notion d'organisme de droit public est indéniablement plus large que celle de personne privée transparente dès lors qu'elle n'exige pas que la personne privée ait été créée par une personne publique. Il sera en tout cas intéressant de voir si le Conseil d'État se contente d'étendre la jurisprudence *Commune de Boulogne-Billancourt* à toutes les sociétés d'économie mixte qui paraissent répondre aux critères énoncés, tout en perpétuant les jurisprudences *société entreprise Peyrot*, *SERM*, *Nersa* et *Compagnie d'assurances Gan-Vie*, lesquelles ne concernent que la compétence de la juridiction administrative, ou si ces jurisprudences seront abandonnées pour être en quelque sorte fondues dans la théorie de la transparence des institutions privées, avec la conséquence d'une mise en jeu de la responsabilité des personnes publiques qui se trouvent en arrière-plan.

21. - L'association administrative continuera-t-elle, à la suite de ces développements, d'être un outil pour les personnes publiques ? Peut-être pas lorsqu'elle est totalement administrative, donc transparente, si toutes les obligations des personnes publiques s'imposent à elle (Code des marchés publics, comptabilité publique, etc.). Certainement oui lorsqu'elle permet d'associer des personnes privées à des personnes publiques et avec des moyens humains et financiers partagés, c'est-à-dire dès lors qu'elle n'est pas transparente au sens que le Conseil d'État vient de donner. Il serait bienvenu que le juge des comptes s'aligne alors sur cette nouvelle définition de l'association transparente que l'on croit déceler ici afin de garantir une plus grande sécurité juridique, ce nouveau paradigme du droit administratif.

Encyclopédies : Contrats et marchés publics, Fasc. 40 et 600

Note 1 CE, ass., 21 nov. 1947, n° 75932, *De Castex* : *Rec. CE* 1947, p. 433.

Note 2 CE, 21 mars 2007, n° 281796, *Cne Boulogne-Billancourt* : *Juris-Data* n° 2007-071622 ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, comm. 137, note G. Eckert.

Note 3 J.-M. Auby, *La théorie des institutions transparentes en droit administratif*, note sous CE, 11 mai 1987, n° 62459, *Divier* : *Juris-Data* n° 1987-606327 ; *RD publ.* 1988, p. 267. - A. de Laubadère : *AJDA* 1988, p. 115 ; V. aussi notre article *La transparence des associations administratives* : *LPA* 21 déc. 2001, p. 9 et s. et notre thèse, *Les contrats administratifs entre personnes privées - représentation, transparence et exceptions au critère organique du contrat administratif*, Montpellier 1998 (dact.), disponible sur www.contratspublicselpartenariats.com. - sur la notion similaire d'association administrative, Y. R. Briche, *Les associations de droit commun, les associations administratives* : *J.-Cl. Administratif*, Fasc. 170 et J.-P. Négrin, *Les associations administratives* : *AJDA* 1980, p. 129.

Note 4 CE, C. Descheemaker, *Gestion de fait* : *J.-Cl. Administratif*, Fasc. 1265.

Note 5 Cass. crim., 30 juin 2004, n° 03-85.946, F-P+P : *Juris-Data* n° 2004-242665.

Note 6 J.-M. Auby, note préc.

Note 7 CAA Paris, 20 avr. 2005, n° 02PA02193, *Cne Boulogne-Billancourt* : *Juris-Data* n° 2005-280752 ; *Contrats-Marchés publ.* 2005, comm. 211, note G. Eckert ; *JCP A* 2005, 1227, note F. Linditch.

Note 8 Le Conseil d'État estime que la Cour a déstauré les pièces du dossier en jugeant que des prestations avaient été réalisées avec l'assentiment de l'association alors que la société s'était bornée à adresser un courrier à l'association.

Note 9 L'usage de guillemets pouvant être interprété comme un emprunt d'une notion à la doctrine et non comme une expression dont le Conseil d'État serait à l'origine.

Note 10 T. confil., 22 avr. 1985, n° 2368, *Laurent* : *Juris-Data* n° 1985-040678.

Note 11 CE, ass., 21 nov. 1947, *De Castex*, préc.

Note 12 CE, 20 juill. 1990, n° 69867, *Ville Mehun* : *Juris-Data* n° 1990-043623 ; *AJDA* 1990, p. 820 et s., concl. Pochard.

Note 13 CE, 11 mai 1987, *Divier*, préc.

Note 14 CE, sect., 13 janv. 1961, n° 43548, *Magnier* : *Rec. CE* 1961, p. 32, pour l'acte unilatéral. - CE, sect., 13 oct. 1978, n° 03335, *ADASEA* : *Rec. CE* 1978, p. 368, pour le service public. Cette jurisprudence vient toutefois d'être renversée par un arrêt de section : désormais,

le juge administratif n'exige pas nécessairement l'existence de prérogatives de puissance publique pour conclure à l'existence d'une mission de service public gérée par une personne privée : « Considérant qu'indépendamment des cas dans lesquels le législateur a lui-même entendu reconnaître ou, à l'inverse, exclure l'existence d'un service public, une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'Administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ; que, même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'Administration a entendu lui confier une telle mission » : CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, Assoc. personnel relevant des établissements pour handicapés : Juris-Data n° 2007-071473 ; JCP A 2007, 2066.

Note 15 CE, sect., 21 mars 1980, n° 02199, Vanderiele : Rec. CE 1980, p. 162, concl. Labatoulle.

Note 16 CE, 26 févr. 1982, n° 17790, Épx Birem : Juris-Data n° 1982-040749 ; Rec. CE 1982, tables p. 554.

Note 17 F. Collin, L'utilisation d'indices concordants en droit administratif : AJDA 2007, p. 18.

Note 18 Mais cette inexistence de fait elle-même ne doit pas être confondue avec la requalification de la personne privée en personne publique. À notre connaissance, une telle requalification n'est intervenue qu'une seule fois à propos d'une association : CE, sect., 24 déc. 1937, n° 41584, de la Bigne de Villeneuve : Rec. CE 1937, p. 1089.

Note 19 CE, sect., 27 sept. 2006, Bayrou et a. : AJDA 2006, p. 2036.

Note 20 V. F. Linditch, note sous CAA Paris, 20 avr. 2005, Cne Boulogne-Billancourt, préc.

Note 21 Pour une conception extensive de la notion de mandat en droit administratif V. M. Canedo, Le mandat administratif : LGDJ 2001. - V. par ailleurs L. Richer, Le contrat de mandat au risque du droit administratif : C.JEG 1999, p. 127 et F. Llorens, Mandat et Code des marchés publics, in Mélanges Moderne : Dalloz, 2004, p. 357. À titre d'exemple des atermoiements jurisprudentiels, on peut citer le cas de la jurisprudence SERM - Commune d'Agde et de ses suites, hypothèse dans laquelle l'administrativité d'un contrat entre personnes publiques est fondé sur le fait que la personne publique se substitue à la personne privée qui a passé le contrat pour toute action en responsabilité décennale à l'achèvement des travaux. À propos de cette hypothèse, le Conseil d'État l'a d'abord distinguée du mandat (CE, 7 juill. 1976, n° 96003, Site d'aménagement de la région de Rouen : Rec. CE 1976, tables p. 805), puis l'a assimilée (CE, sect., 27 nov. 1987, n° 38318, Site provençale d'équipement : Juris-Data n° 1987-606518 ; RFD adm. 1988, p. 395) puis l'a distinguée à nouveau (CE, 20 janv. 1992, n° 46624, Ville Talant) avant de l'admettre implicitement puisque la SEM est qualifiée de maître d'ouvrage déléguée (CE, 21 mai 1995, n° 121767, SCREB).

Note 22 Sur ce point, voir notre thèse préc.

Note 23 L. Houliart, Le mandat tacite : thèse Paris, dact., 1901. - Ch. Lazerges, Les mandats tacites : RTD civ. 1975, p. 222.

Note 24 L. Richer, art. préc.

Note 25 N. Boulouis, conclusions sur l'arrêt Cne de Boulogne-Billancourt aimablement communiquées par le service des conclusions du Conseil d'État.

Note 26 R. Quenaudeau (de) : J.-Cl. Civil Code, Art. 1991 à 2002, Fasc. 10.

Note 27 CE notre thèse préc. et la jurisprudence citée p. 75 et s.

Note 28 Il s'agit d'une remarque empirique et l'on ne peut exclure que cette circonstance ne résulte que de la seule volonté des requérants qui, bien naturellement, recherchent la responsabilité de la personne la plus solvable. Pour conclure avec certitude à une réelle différence sur ce point, il faudrait être en présence d'une jurisprudence civile qui rejette l'action en responsabilité intentée contre la personne privée au motif que l'association est transparente, or nous n'en avons pas trouvé, peut-être encore une fois tout simplement parce que les requérants se sont naturellement tournés vers la juridiction administrative et la personne publique.

Note 29 Comme dans l'affaire Laurent, cf. infra.

Note 30 CE, 8 avr. 1987, n° 63482, Laurent : dans le même litige, le Conseil rejette la responsabilité de la commune vis-à-vis de M. Laurent, tout en indiquant que pour ce qui est de la responsabilité du comité des fêtes (association), le tribunal administratif a saisi sur ce point le Tribunal des conflits. Il semblait donc admettre implicitement que la responsabilité de la commune et du comité des fêtes étaient bien distinctes.

Note 31 Concl. préc.

Note 32 Ord. n° 2005-649, 6 juin 2005 : Journal Officiel 7 Juin 2005.

Note 33 PE et Cons. UE, dir. n° 2004/18 : JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114.

Note 34 Le contrat avait été signé le 10 août 1989, la loi du 3 janvier 1991 (qui a précédé l'ordonnance du 6 juin 2005) n'était donc pas encore intervenue donc il n'y avait pas d'obligation de mise en concurrence à ce titre. Sur la notion de pouvoir adjudicateur, V. notre article, L'association, pouvoir adjudicateur : CP-ACCP, juil. 2007, à paraître.

Note 35 En revanche, on ne suivra pas le commissaire du Gouvernement lorsqu'il affirme un peu plus loin que « si l'on admet que le contrat est administratif c'est parce qu'il a été passé par la commune et non par l'association » : on sait que jusqu'à présent, il existe au moins cinq

hypothèses dans lesquelles le contrat est administratif alors même que le juge considère qu'il est néanmoins juridiquement conclu par deux personnes privées. V. notre article, *L'évolution du critère organique du contrat administratif* : *RFD adm.* 2002, p. 341 à 349.

Note 36 *Cass. crim.*, 30 juin 2004, n° 03-85.946, F-P+F : *Juris-Data* n° 2004-024665.

Note 37 Solution issue de CE, *sect.*, 20 oct. 2000, n° 196553, *Sid Citécable Est* : *Juris-Data* n° 2000-061173.

Note 38 Ainsi que l'a démontré le commissaire du Gouvernement Boulouis dans ses conclusions préc.

Note 39 Respectivement : *T. confl.*, 4 mai 1987, n° 02246, *Du Puy de Clinchamps* : *Juris-Data* n° 1987-606363 ; *AJDA* 1987, p. 485 - *T. confl.* 22 nov. 1993, n° 2851, *Glogowski* : *Juris-Data* n° 1993-048023 ; *Rec. CE* 1993, *tables*, p. 890.

Note 40 *Cass. soc.*, 26 juin 1991, n° 88-40.697 : *Juris-Data* n° 1991-002271 ; *Bull. Joly Sociétés* 1991, p. 1024.

Note 41 CE, 19 juin 1996, n° 141728, *Synd. général CGT des personnels des affaires culturelles* : *Juris-Data* n° 1996-050328.

Note 42 CE, *avis*, 16 mai 2001, n° 229811 et n° 229810, *Joly et Padroza* : *Juris-Data* n° 2001-063194 ; *Rec. CE* 2001, p. 237 ; *RD publ.* 2001, p. 1513.

Note 43 *CAA Marseille*, 14 sept. 2004, n° 00MA00360, *Martin-Metantier*.

Note 44 En tout cas pour les SEM locales avec la loi du 7 juillet 1983 (*L. n° 83-597, 7 juill. 1983* : *Journal Officiel 8 Juillet 1983*) aujourd'hui codifiée dans le CGCT.

Note 45 *T. confl.*, 16 oct. 2006, n° 3514, *L'EURL Pharmacie de la gare Saini-Charles et M. Depieds* : *Juris-Data* n° 2006-316351 ; *BJCP* 2006, p. 453. - *W. Zimmer* : *Contrats-Marchés publ.* 2006, *comm.* 320. Il semble que la transparence ne joue ici que pour déterminer le juge compétent, et non pour écarter la personnalité morale.

Note 46 V. notre article, *L'évolution du critère organique du contrat administratif*, préc.

Note 47 Cf. notre thèse, préc.

**DROIT
ADMINISTRATIF**

Droit Administratif n° 6, Juin 2007, comm. 95

Les voies de l'externalisation des activités de service public

Commentaire par Michel BAZEX

et Sophie BLAZY

GESTION DES SERVICES PUBLICS

Sommaire

Le Conseil d'État définit les conditions auxquelles des tiers peuvent être chargés d'une mission de service public, sans apporter toutefois une totale clarification.

CE, sect., 6 avr. 2007, n° 284736, cne d'Aix-en-Provence : Juris-Data n° 2007-071735 ; JCP A 2007,2111, 2125 et 2128

(...)

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que, par des délibérations en date des 12 février et 26 mars 1998, le conseil municipal d'Aix-en-Provence a accordé à l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence des subventions d'un montant respectif de six et deux millions de francs ; que la commune d'Aix-en-Provence se pourvoit en cassation contre l'arrêt du 4 juillet 2005 par lequel, saisie par M. et Mme A., la cour administrative d'appel de Marseille, infirmant les jugements du tribunal administratif de Marseille du 29 juin 2000, a annulé pour excès de pouvoir les délibérations litigieuses ;

Sur l'intervention en demande :

Considérant que l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence justifie d'un intérêt à l'annulation de l'arrêt attaqué ; qu'ainsi, son intervention est recevable ;

Sur le bien-fondé de l'arrêt attaqué :

Considérant qu'après avoir relevé que l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence s'était vue confier une mission de service public, la cour, pour annuler les délibérations litigieuses, a jugé qu'une association ne pouvait exercer une telle mission et bénéficier à ce titre d'une subvention que si elle était liée à une personne publique par un contrat de délégation de service public conclu soit en application des dispositions des articles 38 et suivants de la loi du 29 janvier 1993 soit en application des articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales ;

Considérant que, lorsque des collectivités publiques sont responsables d'un service public, elles peuvent, dès lors que la nature de ce service n'y fait pas par elle-même obstacle, décider de confier sa gestion à un tiers ; qu'à cette fin, sauf si un texte en dispose autrement, elles doivent en principe conclure avec un opérateur, quel que soit son statut juridique et alors même qu'elles l'auraient créé ou auraient contribué à sa création ou encore qu'elles en seraient membres, associés ou actionnaires, un contrat de délégation de service public ou, si la rémunération de leur cocontractant n'est pas substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service, un marché public de service ; qu'elles peuvent toutefois ne pas passer un tel contrat lorsque, eu égard à la nature de l'activité en cause et aux conditions particulières dans lesquelles il l'exerce, le tiers auquel elles s'adressent ne saurait être regardé comme un

opérateur sur un marché concurrentiel ;

Considérant que, lorsqu'elles sont responsables d'un service public, des collectivités publiques peuvent aussi décider d'en assurer directement la gestion ; qu'elles peuvent, à cette fin, le gérer en simple régie, ou encore, s'il s'agit de collectivités territoriales, dans le cadre d'une régie à laquelle elles ont conféré une autonomie financière et, le cas échéant, une personnalité juridique propre ; qu'elles doivent aussi être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service ; qu'un tel organisme peut notamment être mis en place lorsque plusieurs collectivités publiques décident de créer et de gérer ensemble un service public ;

Considérant en outre que, lorsqu'une personne privée exerce, sous sa responsabilité et sans qu'une personne publique en détermine le contenu, une activité dont elle a pris l'initiative, elle ne peut, en tout état de cause, être regardée comme bénéficiant de la part d'une personne publique de la dévolution d'une mission de service public ; que son activité peut cependant se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde, dès lors qu'aucune règle ni aucun principe n'y font obstacle, des financements ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'en jugeant qu'une association ne pouvait gérer un service public et bénéficier à ce titre d'une subvention qu'à la condition d'être titulaire d'un contrat de délégation de service public passé soit en application des dispositions des articles 38 et suivants de la loi du 29 janvier 1993 soit en application des articles L. 1411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales, sans rechercher si, pour l'une des raisons analysées ci-dessus, la passation d'un tel contrat pouvait ou devait être exclue, la cour administrative d'appel de Marseille a entaché son arrêt d'une erreur de droit ; que la commune d'Aix-en-Provence est fondée pour ce motif, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de sa requête, à en demander l'annulation ;

Considérant que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, par application des dispositions de l'article L. 821-2 du Code de justice administrative, de régler l'affaire au fond ;

Considérant d'une part que, contrairement à ce que soutiennent M. et Mme A., le tribunal administratif de Marseille a suffisamment répondu aux moyens tirés de l'absence de convention de délégation de service public et de la méconnaissance des dispositions de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales ;

Considérant d'autre part qu'il ressort des pièces du dossier que l'État, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont créé en 1996 une association pour le cinquantenaire du festival international d'art lyrique d'Aix-en-Provence, devenue en 1997 l'association pour le festival international d'art lyrique et l'académie européenne de musique d'Aix-en-Provence ; que cette association a pour objet statutaire exclusif la programmation et l'organisation du festival international d'art lyrique et de l'académie européenne de musique ; qu'elle se compose de trois représentants de l'État, de quatre représentants des collectivités territoriales et de cinq personnalités qualifiées, dont une est nommée par le maire d'Aix-en-Provence et trois par le ministre chargé de la Culture, ainsi que, le cas échéant, de membres actifs ou bienfaiteurs ou encore d'entreprises, dont la demande d'adhésion doit être agréée par le bureau et qui ne disposent pas de voix délibérative au sein de l'association ; que son conseil d'administration est composé de quinze membres, dont onze sont désignés par les collectivités publiques ; que les subventions versées par les collectivités publiques mentionnées ci-dessus représentent environ la moitié des ressources de l'association ; que celle-ci bénéficie en outre, de la part de la commune d'Aix-en-Provence, de différentes aides, comme la mise à disposition de locaux dans lesquels se déroule le festival et des garanties d'emprunt ;

Considérant que l'État, la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, le département des Bouches-du-Rhône et la commune d'Aix-en-Provence ont ainsi décidé, sans méconnaître aucun principe, de faire du festival international d'Aix-en-Provence un service public culturel ; que, compte tenu de son objet, de ses modalités d'organisation et de ses modalités de financement, ce service public présente un caractère administratif ; que l'association à laquelle les quatre collectivités publiques ont confié sa gestion ne saurait être regardée, compte tenu de son objet statutaire et du contrôle qu'exercent sur elle ces collectivités, comme un opérateur auquel il ne pourrait être fait appel que dans le cadre d'un contrat de délégation de service public ou d'un marché public de service ; qu'ainsi, le moyen tiré de ce que la commune d'Aix-en-Provence aurait dû passer avec l'association une convention de délégation de service public doit être, en tout état de cause, écarté ; que M. et Mme A. ne peuvent, dès lors, utilement invoquer les dispositions de l'article L. 1411-2 du Code général des collectivités territoriales ;

Considérant que la commune d'Aix-en-Provence pouvait accorder des subventions au service public culturel du festival international d'Aix-en-Provence ; que, contrairement à ce que soutiennent M. et Mme A., les dispositions de

l'article L. 2224-2 du Code général des collectivités territoriales, qui limitent la possibilité pour une commune de prendre en charge dans son budget des dépenses d'un service public à caractère industriel et commercial, ne peuvent être utilement invoquées ; que la commune d'Aix-en-Provence n'a pas davantage méconnu les dispositions des articles L. 1511-1 et suivants du même code dès lors que celles-ci ont pour objet de réglementer les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent apporter des aides à des entreprises et que l'association, dont l'activité exclusive est de gérer, à la demande des collectivités publiques qui l'ont créée et sous leur contrôle, le service public du festival international d'Aix-en-Provence, ne saurait être regardée comme une entreprise au sens de ces dispositions ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que M. et Mme A. ne sont pas fondés à se plaindre de ce que, par ses jugements du 29 juin 2000, le tribunal administratif de Marseille a rejeté leurs demandes tendant à l'annulation des délibérations des 12 février et 26 mars 1998 ; (...)

Note :

Incontestablement, l'arrêt rendu le 6 avril dernier par la section du contentieux du Conseil d'État apporte une clarification dans les modes de gestion des services publics par des tiers, comme l'ont souligné déjà de nombreux commentateurs.

La lecture de la décision montre son caractère prétorien puisque la haute juridiction pose les règles générales devant présider au recours à des tiers pour assurer la gestion d'un service public.

Trois cas de figure sont envisagés.

Le premier est celui dans lequel la collectivité publique responsable du service décide d'en confier la gestion à un tiers : cette dévolution du service à un tiers doit alors faire l'objet d'une délégation de service public ou d'un marché public de service, sauf dans l'hypothèse où le tiers ne peut être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel (exception déjà évoquée par l'avis CE, 23 oct. 2003, *Fondation Jean Moulin* : EDCE 2004, p. 209).

Le deuxième cas de figure est celui de la gestion directe du service par la collectivité, que ce soit en régie ou par l'intermédiaire d'un organisme créé à cette fin et sur lequel elle exerce un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services (hypothèse désormais classique des activités exercées *in house* initiée par l'arrêt CJCE, 18 nov. 1999, *aff. C-107/98, Teckal* : Rec. CJCE 1999, I, p. 8121).

Le dernier cas de figure est celui dans lequel l'initiative de l'activité est prise par une personne privée et où la collectivité, en dehors de tout contrat, lui reconnaît un caractère de service public et de ce fait exerce un droit de regard sur son organisation et lui accorde éventuellement des financements (situation à rapprocher de celle visée par la décision CE, sect., 22 févr. 2007, n° 264541, *Assoc. personnel relevant des établissements pour inadaptés* : *Juris-Data* n° 2007-071473 ; *Dr. adm.* 2007, comm. 64 ; *AJDA* 2007, p. 399).

Nul doute que cette façon méthodique de présenter les modes de gestion du service public par une entité autre que la collectivité elle-même constitue une avancée sur un plan pédagogique.

Pour autant, cette clarification dans la présentation ne rend pas plus facile la bonne compréhension de ces mécanismes, dans la mesure où les deux premières solutions sont chacune accompagnée d'exceptions non négligeables et où la troisième est totalement empirique car faisant intervenir la technique du faisceau d'indices (dans quel cas admettra-t-on qu'une activité revêt une importance telle aux yeux de l'Administration qu'elle justifie un droit de regard, et lequel ?, entraînant la reconnaissance du caractère de service public ?)

En réalité, on peut se demander si le vrai critère du régime de l'externalisation de la gestion d'un service public ne réside pas dans la nature de l'activité concernée.

En effet, et comme cela apparaît d'ailleurs à la lecture de l'arrêt, et plus encore des conclusions du commissaire du gouvernement François Sénars, ce régime est commandé par la nature marchande ou non marchande de l'activité externalisée.

Lorsque l'activité est marchande, c'est-à-dire lorsqu'elle consiste à offrir des biens ou des services sur un marché donné (CJCE, 16 juin 1987, *aff. 188/85, Commission c/ République Italienne* : Rec. CJCE 1988, p. 4193), la logique du marché commande que la collectivité qui en a la charge ne puisse l'externaliser qu'après appel à la concurrence, soit par voie de délégation de service public lorsque la rémunération résulte substantiellement de l'exploitation (transports urbains par exemple), soit par voie de marché public de service (prestations de sécurité dans des lieux publics comme les universités par exemple). Cette solution vaut évidemment lorsque le service est confié à une personne privée, mais sa cohérence exige qu'elle soit également appliquée lorsque l'activité est confiée à un opérateur public (V. à titre d'illustration, TA Caen, 15 nov. 2005, n° 0500196, *Préfet de l'Orne* : *AJDA* 2006, p. 267, note J.-D. Dreyfus, qui annule l'acte par lequel une commune attribue une concession de distribution de gaz à Gaz de France pour n'avoir pas mis en oeuvre une

procédure de mise en concurrence). La procédure de mise en concurrence est ainsi un gage d'efficacité de l'action administrative, notamment parce qu'elle permet une évaluation des besoins du service et des moyens permettant d'y satisfaire (V. sur la question, P. Lignières, *Réflexions sur la distinction des activités externalisables et non externalisables* : *Sciences Po*, 14 mars 2007: chairesmadp.sciences-po.fr/).

En revanche, lorsque l'activité est hors marché, la collectivité en charge du service ne peut l'externaliser par délégation de service public puisque, par hypothèse, il n'y a pas de rémunération possible sur l'usager, et en conséquence la question de la mise en concurrence ne se pose même pas. L'exploitation du service et son financement ne peuvent donc relever que de la responsabilité de la personne publique. *A fortiori* en sera-t-il ainsi lorsque l'activité revêt un caractère régalien qui interdit sa délégation. Cela dit, rien n'empêche la collectivité de recourir à un tiers, sous sa responsabilité, par exemple pour acheter des fournitures ou matériels destinés au service, voire pour en assurer le fonctionnement, par le biais de marchés publics de fournitures ou de service. À ce titre, logiquement, le choix du prestataire doit respecter une procédure de mise en concurrence. On ne comprend donc pas la solution résultant de l'arrêt commenté comme celle de l'avis déjà cité du 23 octobre 2003, qui semble rejeter systématiquement tout recours à une procédure d'appel d'offres dans cette hypothèse : chaque fois qu'une rémunération par un prix peut être envisagée pour l'exécution d'une prestation, l'observation d'une procédure de mise en concurrence nous paraît nécessaire pour choisir le titulaire. Or, tel peut être le cas pour des prestations concourant à l'exécution d'un service public non marchand.

On pourrait se demander si cette distinction entre activités marchandes et non marchandes n'est pas celle tout simplement qui oppose les services publics industriels et commerciaux et les services publics administratifs. Mais la réponse est non, car il existe bien des services publics administratifs qui recouvrent des activités marchandes et qui peuvent faire l'objet de conventions de délégation de service public (V. par exemple les concessions autoroutières, *T. confl.*, 20 nov. 2006, n° 3569 et n° 3599, *sté EGTL c/ ESCOTA et sté Transports Gautier c/ ESCOTA* : *AJDA* 2007, p. 849). Il faudrait se demander si l'on ne serait pas plus proche de la distinction issue du droit communautaire entre services d'intérêt général et services d'intérêt économique général, ce qui conduirait à s'interroger sur la pertinence du concept de service public (mais c'est une autre histoire...).

Quoi qu'il en soit, à l'aune de cette distinction, le troisième cas de figure dégagé par l'arrêt, à propos des initiatives privées auxquelles les collectivités reconnaissent *a posteriori* le caractère de service public, ne constitue pas un mode de gestion du service public soumis le cas échéant à l'une ou l'autre des règles de dévolution ci-dessus évoquées, mais simplement l'identification d'activités pour lesquelles les pouvoirs publics peuvent être amenés, le cas échéant, à apporter des financements dans le respect des règles prévues par les textes.

Ajoutons que la solution d'espèce retenue par l'arrêt du Conseil d'État ne se justifie que par le recours à la notion des prestations *in house* puisque, que l'activité soit marchande ou non, ce recours, par la collectivité qui assume la responsabilité du service, à un organisme privé créé à cet effet et sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services, est toujours possible.

Services publics et régulations. - Gestion. - Externalisation. - Modalités

Encyclopédies : Administratif, Fasc. 149, 170, 660 et 662

DOCUMENT n° 7

un montant de 244 057 francs (37 206 euros); que, par un jugement en date du 9 avril 2002, le tribunal administratif de Paris a condamné la commune de Boulogne-Billancourt à verser la somme demandée à la société Mayday sécurité; que la cour administrative d'appel de Paris, par un arrêt en date du 20 avril 2005, a rejeté l'appel formé contre ce jugement par la commune; que cette dernière se pourvoit en cassation contre cet arrêt;

Sur l'arrêt de la cour en tant qu'il statue sur la qualification du contrat conclu entre l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt et la société Mayday sécurité:

Considérant que lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs; que, pour qualifier le contrat conclu le 10 août 1989 entre l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt et la société Mayday sécurité de contrat administratif, la cour administrative d'appel de Paris a, par une appréciation souveraine qui n'est pas susceptible, sauf dénaturation non soulevée en l'espèce, d'être contestée devant le juge de cassation, et sans commettre d'erreur de droit, jugé que les circonstances de la création de l'association, les modalités de son organisation et de son fonctionnement, l'origine de ses ressources ainsi que le contrôle exercé sur elle par la commune conduisaient à la regarder comme un service de cette dernière; que sur le fondement de ces constatations souveraines, la cour a pu, sans commettre d'erreur de droit et par une décision suffisamment motivée dès lors qu'elle n'avait pas à répondre à tous les arguments de la commune, juger que le contrat conclu par l'association avec la société Mayday sécurité pour assurer la sécurité de la patinoire de la ville de Boulogne-Billancourt avait un caractère administratif;

Considérant que dès lors que la cour a jugé que l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt devait être regardée comme un service de la commune de Boulogne-Billancourt, elle n'a pas commis d'erreur de droit en qualifiant le contrat conclu avec la société Mayday sécurité, eu égard à son objet, de marché public de services;

Sur l'arrêt de la cour en tant qu'il statue sur les fondements de la responsabilité de la commune de Boulogne-Billancourt:

Considérant que le cocontractant de l'administration dont le contrat est entaché de nullité est fondé à réclamer le remboursement de celles de ses dépenses qui ont été utiles à la collectivité envers laquelle il s'était engagé; que, dans le cas où la nullité du contrat résulte d'une faute de l'administration, il peut en outre prétendre à la réparation du dommage imputable à cette faute et le cas échéant, demander à ce titre, le paiement du bénéfice dont il a été privé par la nullité du contrat si toutefois le remboursement de ses dépenses utiles ne lui assure pas une rémunération supérieure à celle que l'exécution du contrat lui aurait procurée; que, par ailleurs, lorsque le juge, saisi d'un litige engagé sur le terrain de la responsabilité contractuelle, est conduit à constater, le cas échéant d'office, la nullité du contrat, les cocontractants peuvent poursuivre le litige qui les oppose en invoquant, y compris pour la première fois en appel, des moyens tirés de l'enrichissement sans cause que l'application du contrat frappé de nullité a apporté à l'un d'eux ou de la faute consistant, pour l'un d'eux, à avoir passé un contrat nul, bien que ces moyens, qui ne sont pas d'ordre public, reposent sur des causes juridiques nouvelles;

Considérant qu'après avoir constaté la nullité du contrat conclu le 10 août 1989 entre l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt et la société Mayday sécurité, la cour a jugé que la société était en droit d'obtenir de la commune le remboursement des dépenses utilement exposées à son profit; qu'ainsi, contrairement à ce que soutient la commune, la cour a limité le droit à indemnisation de la société aux seules dépenses utiles; qu'elle n'a dès lors pas commis d'erreur de droit dans l'application des règles de l'indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause;

CONTRATS ET MARCHES

La nature des contrats passés par une personne privée transparente

Lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente et les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs.

CONTRAT ADMINISTRATIF - Notion de contrat, administratif - Association transparente

Consell d'Etat, 21 mars 2007

M. Delarue, prés. - M^{me} Nathalie Escout, rapp. - M. Boulouis, c. du g. - SCP Vier, Barthélemy, Matuckiansky; SCP Boulliez, av.

Commune de Boulogne-Billancourt - n° 281796

(sera publié au Lebon)

ARRÊT

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumises aux juges du fond que l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt a confié à la société Mayday sécurité, par un contrat conclu le 10 août 1989, une mission de contrôle et de sécurité pour la patinoire de Boulogne-Billancourt; qu'à la suite de la mise en règlement judiciaire de l'association le 28 juillet 1996, la société Mayday sécurité a demandé à la commune de Boulogne-Billancourt le paiement de prestations impayées par l'association pour

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que si devant le tribunal administratif de Paris, la société Mayday sécurité avait fondé sa demande d'indemnisation sur le contrat du 10 août 1989, devant la cour, elle a invoqué, ainsi qu'elle était recevable à le faire du fait de la nullité du contrat, à la fois le moyen tiré de l'enrichissement sans cause et celui tiré de la faute commise par l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt à avoir conclu un contrat nul; qu'ainsi, en statuant sur la demande de la société Mayday sécurité sur le terrain de l'enrichissement sans cause mais aussi sur celui de la responsabilité quasi délictuelle de la commune, la cour n'a pas statué au-delà des conclusions dont elle était saisie;

Sur l'arrêt de la cour en tant qu'il statue sur le préjudice de la société Mayday sécurité:

Sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier soumis aux juges du fond que pour demander la condamnation de la commune de Boulogne-Billancourt à lui payer les prestations d'un maître chien intervenu pour le gardiennage de la patinoire au cours des mois d'avril, mai et juin 1996, la société Mayday sécurité s'est bornée à produire un courrier qu'elle avait adressé à l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt le 6 décembre 1993 lui proposant ce service supplémentaire sans fournir aucun élément justifiant de l'accord de cette dernière; qu'ainsi en jugeant que ces prestations avaient été réalisées, avec l'assentiment de l'association, par la société Mayday sécurité, la cour a dénaturé les pièces du dossier; que par suite, la commune de Boulogne-Billancourt est fondée à contester l'intégralité du montant de la condamnation mise à sa charge par la cour et à demander, en conséquence, l'annulation de l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur le montant du préjudice de la société Mayday sécurité;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 821-2 du code de justice administrative, le Conseil d'Etat, s'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort peut régler l'affaire au fond: si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie; que, dans les circonstances de l'espèce, il y a lieu, dans la mesure de l'annulation prononcée, de régler l'affaire au fond;

Sur l'évaluation du préjudice subi par la société Mayday sécurité:

Considérant qu'en égard à la nullité du contrat conclu le 10 août 1989 et à la faute de l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt à l'origine de cette nullité, la société Mayday sécurité est en droit d'obtenir le remboursement des dépenses utiles qu'elle a exposées ainsi que le paiement du bénéfice dont elle a été privée;

Considérant, d'une part, que la société Mayday sécurité demande le remboursement des prestations de sécurité assurées au cours des mois d'avril à août 1996 à la patinoire de Boulogne-Billancourt; que, contrairement à ce que soutient la commune, il résulte de l'instruction, et notamment d'une attestation du président de l'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt en date du 24 avril 1997, que la société Mayday sécurité a bien assuré les prestations de sécurité qui lui étaient confiées depuis le 1^{er} septembre 1989; qu'elle a ainsi droit au remboursement de ces dépenses utiles ainsi que du bénéfice dont elle a été privée, soit la somme non contestée de 18 293,88 euros hors taxe;

Considérant, d'autre part, que la société Mayday sécurité demande aussi le paiement de prestations supplémentaires réalisées au cours de l'année 1996; que toutefois, si elle produit des factures portant sur l'intervention d'un maître chien au cours des mois d'avril à juin 1996 et sur des services de télésurveillance assurés en 1996, elle n'établit pas que ces prestations auraient été effectuées à la demande de l'association ou aurait été indispensables notamment pour des motifs de sécurité; qu'ainsi, elle ne peut demander d'indemnisation du fait de leur exécution; qu'en revanche, elle produit une lettre de l'association lui demandant des prestations complémentaires pendant les vacances scolaires; qu'elle a ainsi droit au remboursement des dépenses utiles afférentes à ces prestations réalisées en 1996 ainsi qu'au paiement du bénéfice dont elle a été privée à raison de la nullité du contrat, soit la somme de 4 970,79 euros hors taxe;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que l'indemnisation accordée à la société Mayday sécurité par le jugement attaqué du tribunal administratif de Paris doit être ramenée à la somme de 23 264,67 euros hors taxe;

Sur la taxe sur la valeur ajoutée:

Considérant qu'aux termes de l'article 256 du code général des impôts: « I. Sont soumises à la taxe sur la valeur ajoutée les livraisons de biens et les prestations de services effectuées à titre onéreux par un assujetti agissant en tant que tel; qu'en vertu de ces dispositions, la TVA doit être établie sur l'ensemble des sommes facturées à un client pour prix d'une livraison ou d'une prestation effectuée par une entreprise assujettie; que la circonstance que, lorsque la livraison ou la prestation de service a été faite à une collectivité publique en application d'un contrat déclaré ensuite entaché de nullité, ce prix ne peut excéder le montant des dépenses supportées par l'entreprise et qui ont été utiles à la personne publique est sans incidence sur l'applicabilité de la TVA aux sommes ainsi facturées; qu'il en va également ainsi dans le cas où, par suite d'un litige entre le fournisseur et la personne publique, les sommes dues par cette dernière en rémunération du service ou du bien obtenu prennent la forme d'une indemnité fixée par un tribunal; que, dès lors, la commune de Boulogne-Billancourt n'est pas fondée à soutenir que la condamnation mise à sa charge doit être calculée hors taxe »;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la commune de Boulogne-Billancourt est seulement fondée à demander à ce que la condamnation mise à sa charge par le jugement attaqué du tribunal administratif de Paris soit ramenée à la somme de 28 057,19 euros toutes taxes comprises;

[...]

Décide:

Art. 1^{er}: L'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris en date du 20 avril 2005 est annulé en tant qu'il a statué sur le montant de l'indemnité mise à la charge de la commune de Boulogne-Billancourt.

Art. 2: La somme que la commune de Boulogne-Billancourt a été condamnée à verser à la société Mayday sécurité par le jugement du tribunal administratif de Paris en date du 9 avril 2002 est ramenée à la somme de 28 057,19 euros toutes taxes comprises.

Art. 3: Le jugement du tribunal administratif de Paris en date du 9 avril 2002 est réformé en ce qu'il a de contraire à la présente décision.

Art. 4: Le surplus des conclusions de la commune de Boulogne-Billancourt et de la société Mayday sécurité est rejeté.

NOTE

L'association pour la gestion de la patinoire et de la piscine de Boulogne-Billancourt s'est vu confier par la commune la mission correspondant à son objet. Pour l'exercice de cette mission, l'association a passé un contrat en août 1989 avec une société de sécurité, la société Mayday. L'association a toutefois laissé des factures impayées. Le tribunal administratif de Paris condamna la commune à verser à l'entreprise une somme d'environ 240 000 F. Ce jugement a été confirmé par un arrêt du 20 avril 2005 (AJDA 2005: 1729, concl. P. Trouilly) de la cour administrative d'appel de Paris. La commune forma un pourvoi en cassation contre cette décision¹.

Une première série de moyens visait le raisonnement de la cour ayant conduit à déclarer nul le contrat entre l'association et la société aux motifs que la première n'était en réalité qu'un service de la commune, le contrat étant dès lors réputé passé pour le compte de cette dernière. Mais se posait aussi, le contrat ayant été déclaré nul, la question de l'application de la TVA aux indemnités dues à l'entreprise.

(1) Nous remercions le commissaire du gouvernement Boulouis pour la communication de ses conclusions.

L'association, service de la commune

Le fondement de la solution est remarquable. Ce n'est pas en vertu d'un mandat mais de la théorie de la transparence que le juge conclut que le contrat passé par l'association avec la société Mayday sécurité pour assurer la sécurité de la patinoire de la ville de Boulogne-Billancourt a un caractère administratif.

Il s'agit, semble-t-il, d'une des premières applications de la théorie de la transparence en matière contractuelle. La jurisprudence *Laurent du Tribunal des conflits* (T. confl. 22 avr. 1985, Lebon 681) concerne en effet plutôt le mandat. Elle emploie l'expression «pour le compte»; ce qui explique qu'elle puisse, comme le relève le commissaire du gouvernement Boulouis, être classée dans la catégorie des décisions qui, ne déniaient pas d'existence ou de réalité à l'une des deux personnes privées parties au contrat, font application de la théorie du mandat et donc de la jurisprudence *Société d'équipement de la région montpelliéraine* (CE Sect. 30 mai 1975; *Société d'équipement de la région montpelliéraine*; Lebon 326).

Cette expression «plastique», qui renvoie à de multiples réalités, n'est pas reprise ici. Le Conseil affirme expressément que, lorsqu'une personne privée est créée à l'initiative d'une personne publique qui en contrôle l'organisation et le fonctionnement et qui lui procure l'essentiel de ses ressources, cette personne privée doit être regardée comme transparente; les contrats qu'elle conclut pour l'exécution de la mission de service public qui lui est confiée sont des contrats administratifs.

La Haute juridiction valide l'analyse selon laquelle les circonstances de la création de l'association, les modalités de son organisation et de son fonctionnement, l'origine de ses ressources ainsi que le contrôle exercé sur elle par la commune conduisent à la regarder comme un service de la ville. Ce qui prime, c'est la réalité des qualifications.

Si la personnalité morale de droit privé est transparente, il n'en va pas de même de la personnalité publique. Une fois atteint le niveau de la personnalité publique, la transparence devient opacité. La transparence, en matière contractuelle, n'a pour fonction que de permettre de remonter à l'origine; une fois celle-ci atteinte, elle cesse ses effets: on applique alors les règles applicables aux seules personnes publiques, ici les critères d'identification du contrat administratif (sur les diverses conséquences de la transparence, v. F. Lichère, *Les contrats administratifs entre personnes privées*, thèse univ. Montpellier).

Est-on en présence, selon l'expression de Jean Carbonnier (*Flexible droit*, 10^e éd., p. 319), d'une transparence «naturelle», qui ne demande d'effort à personne, qui coule de source? Ou, plutôt, d'une transparence forcée, d'ordre public, «fille de l'interventionnisme, du dirigisme»? Prudemment, on pourrait rattacher notre cas à la première hypothèse.

On finira en évoquant l'arrêt de Section du 6 avril 2007, *Commune d'Aix-en-Provence* (req. n° 284736) qui n'est pas sans lien avec notre affaire. Le Conseil d'Etat y juge en effet que les collectivités publiques doivent être regardées comme gérant directement le service public si elles créent à cette fin un organisme dont l'objet statutaire exclusif est, sous réserve d'une diversification purement accessoire, de gérer ce service et si elles exercent sur cet

organisme un contrôle comparable à celui qu'elles exercent sur leurs propres services. Leur donnant notamment les moyens de s'assurer du strict respect de son objet statutaire, cet organisme devant en effet être regardé, alors, comme n'étant pas un opérateur auquel les collectivités publiques ne pourraient faire appel qu'en concluant un contrat de délégation de service public ou un marché public de service.

Le rejet de la qualification d'opérateur est opéré au profit de celle de prolongement administratif, l'organisme créé par les collectivités locales n'ayant aucune autonomie par rapport à elles. Appliquer les règles de mise en concurrence serait artificiel. C'est, en quelque sorte, la transparence en sens inversé: au lieu de remonter à la collectivité, et de traiter l'association comme un de ses services *a posteriori*, on anticipe et rattache le montage au pouvoir d'organisation du service de la personne publique.

Reste à savoir si les prescriptions communautaires (en matière de commande publique) permettent une telle analyse, l'exception prévue pour les contrats «in house» ne concernant que les marchés publics. Mais on peut douter de l'applicabilité du droit communautaire en l'espèce: le tiers auquel les collectivités s'adressent ne saurait en effet être regardé comme un opérateur sur un marché concurrentiel (sur cette question, A. Ménéménis et E. Fatôme, *Concurrence et liberté d'organisation des personnes publiques: éléments d'analyse*, AJDA 2006. 67).

L'assujettissement de l'indemnisation à la taxe sur la valeur ajoutée

Le contrat entre l'association et la société étant nul, celle-ci avait droit à une indemnité pour dépenses utiles (en application de la théorie de l'enrichissement sans cause) auquel s'ajoutait, en raison de la faute de la commune, le bénéfice que la société pouvait escompter (CE 19 avr. 1974, *Entreprise Louis Segrette*, Lebon T. 1052; CE 23 mai 1979, *Commune de Fontenay-le-Fleury*, Lebon 226).

La cour de Paris avait écarté le moyen tiré de ce que le tribunal ne pouvait condamner la commune à une indemnité comprenant nécessairement la TVA. En appel, la commune, invoquant une décision du 29 janvier 1982 *SA des Docks lorrains* (Lebon 44), soutenait que la société prestataire ayant une nature commerciale, elle était réputée pouvoir déduire la TVA et donc ne pouvait prétendre à une indemnité comprenant celle-ci, à moins de renverser la présomption. Les juges avaient écarté ce moyen.

Ayant annulé l'arrêt attaqué en tant qu'il statue sur le montant du préjudice de la société Mayday, le Conseil d'Etat règle l'affaire au fond.

On sait que l'assujettissement à la TVA suppose l'existence d'un lien direct entre le «service rendu» et la contrepartie reçue. Un arrêt du Conseil d'Etat du 28 mai 2004 *Société Marelli Magneti France* (Lebon 679; BDCF 8-9/04, n° 104, concl. Bachelier; RJF 2004. 635, chron. L. Olléon) affirme que le versement d'une partie à un contrat à l'autre n'est pas soumis à TVA lorsque ce versement ne résulte pas des modalités dont les parties étaient convenues pour assurer l'équilibre économique du contrat.

Or, comme le relevait le commissaire du gouvernement, dans la théorie de l'enrichissement sans cause, «la condi-

tion d'enrichissement appréciée sous l'angle de l'utilité des dépenses et qui trace les frontières de l'indemnisation marque que celle-ci est nécessairement la contrepartie directe d'un service». La TVA doit donc ici s'appliquer. Telle est la position retenue dans l'arrêt.

L'entreprise avait aussi droit à une indemnité couvrant le bénéfice dont elle avait été privée, lequel ne fait partie de l'indemnisation qu'en cas de faute de la collectivité. Le critère d'application de la TVA – existence d'un lien direct entre le «service rendu» et la contrepartie reçue – semblait faire défaut. Au sein de l'indemnisation, on aurait donc dû, *a priori*, distinguer entre le remboursement des dépenses utiles (auquel se serait appliquée la TVA) et la somme correspondant au bénéfice (calculée hors TVA). Solution contestable, le bénéfice de l'entreprise faisant partie de ce dont les cocontractants étaient convenus pour assurer l'équilibre économique du contrat.

Le Conseil d'Etat opte finalement pour un traitement global au regard de l'application de la TVA : la taxe doit être établie sur l'ensemble des sommes facturées à un client pour prix d'une livraison ou d'une prestation effectuée par une entreprise assujettie ; la circonstance que, lorsque la livraison ou la prestation de service a été faite à une collectivité publique en application d'un contrat, déclaré ensuite entaché de nullité, ce prix ne peut excéder le montant des dépenses supportées par l'entreprise et qui ont été utiles à la personne publique est sans incidence sur l'applicabilité de la TVA aux sommes ainsi facturées. Il en va également ainsi dans le cas où, par suite d'un litige entre le fournisseur et la personne publique, les sommes dues par cette dernière en rémunération du service ou du bien obtenu prennent la forme d'une indemnité fixée par un tribunal.

Il rejette donc la demande de la commune tendant à ce que la condamnation mise à sa charge soit calculée hors taxe.

Jean-David Dreyfus

Professeur à l'université de Reims Champagne-Ardenne



La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales n° 39, 25 Septembre 2006, 1219

La société publique locale d'aménagement : impasse juridique ou ballon d'essai ?

Etude rédigée par : Claude Devès
professeur de droit public, université d'Auvergne
chargé d'enseignement, École nationale du génie rural, des eaux et des forêts (Clermont-Ferrand).

Société publique locale d'aménagement

Sommaire

La loi du 13 juillet 2006 portant engagement national pour le logement (ENL)^{Note 1}, en son article 20, ajoute au Code de l'urbanisme un nouvel article L. 327-1 créant, à titre expérimental, les sociétés publiques locales d'aménagement. Le laconisme de la loi ne peut qu'inciter à quelques commentaires concernant cette forme nouvelle de société qui doit être rattachée à la famille de l'économie mixte locale, en quelque sorte une société d'économie mixte (SEM) du troisième type.

1. - Le législateur avait souhaité, en 1983, lorsqu'avait été adoptée la loi du 7 juillet^{Note 2}, redonner un statut unique aux sociétés d'économie mixte locales tout en conservant, pour certaines activités, des sociétés d'économie mixte à participation minoritaire. Dans ce nouveau cadre, le label de société d'économie locale était réservé aux sociétés dans lesquelles les collectivités territoriales ou leurs groupements détiendraient plus de la moitié du capital et des voix dans les organes délibérants mais ne pourraient contrôler plus de 80 % de ce capital des voix, sinon il ne pourrait, indiquait le législateur, y avoir économie mixte.

2. - Dans le cadre de la loi de 1983, la mixité était satisfaite assez facilement puisque la présence d'une seule personne privée suffisait et suffit toujours à caractériser une société d'économie mixte locale (V. CGCT, art. L. 1521-1).

3. - Une radioscopie de l'économie mixte locale^{Note 3} montre que, dans beaucoup de SEM, on trouve souvent, à côté de la personne privée, des personnes publiques autres que les collectivités territoriales ou leurs groupements.

Par ailleurs, la personne privée peut être elle-même une filiale d'un établissement public et/ou relever de la catégorie des entreprises publiques. Dès lors, et de fait, la société d'économie mixte locale est souvent une société de personnes publiques ou parapubliques, dont des personnes privées poursuivant un vrai intérêt patrimonial ou capitalistique sont absentes.

Ce décalage entre droit et réalité de l'économie mixte à la française a conduit à réfléchir à la suppression du plafond de 80 % de participation publique locale en même temps qu'en raison de la nature de certains projets, le seuil symbolique de la détention de plus de la moitié du capital, critère de l'existence de la SEM et de l'appartenance au secteur public, était remis en cause.

4. - Lors de la préparation du projet de loi relatif à la modernisation du statut des sociétés d'économie mixte locales^{Note 4}, le rapporteur du texte devant l'Assemblée nationale, M. J. Darné, a déposé deux amendements qui proposaient de modifier les règles de constitution du capital social des SEM. En effet, celui-ci parlait de l'exemple de pays comme l'Allemagne, l'Autriche, la Finlande ou la Suède qui autorisent le financement à 100 % des sociétés publiques locales par les collectivités locales^{Note 5}.

Il faisait valoir que l'encadrement français ci-dessus rappelé n'était plus adapté aux activités des SEM, notamment lorsqu'elles conduisent des opérations d'aménagement ou mettent en place des services publics, dont la rentabilité paraît incertaine, et pour lesquelles les collectivités locales ont du mal à trouver des partenaires privés.

Évoquant la possibilité donnée aux collectivités locales de baisser leur participation en dessous de 50 % du capital social

d'une SEM, il expliquait que cette modification était indispensable pour attirer des capitaux privés dans certains domaines, comme celui des services, et soulignait que ces collectivités garderaient, en tout état de cause, une minorité de blocage fixée à 34 %.

Après avoir précisé que les collectivités locales pourraient donc, désormais prendre une participation variant entre 34 % et 100 % du capital social des SEM, il considérait que cet assouplissement de la législation applicable permettrait de sortir le droit des sociétés d'économie mixte d'une certaine rigidité contraire à leur développement.

5. - D'aucuns avaient exprimé leur crainte au cours du même débat sur les risques pouvant résulter de cette modification et le Gouvernement s'était opposé à l'adoption des deux amendements.

Sur le premier, celui-ci avait estimé que l'abaissement du seuil de participation des collectivités locales à 34 % priverait ces collectivités du contrôle effectif de la SEM et porterait finalement atteinte à la mission d'intérêt général poursuivie par l'économie mixte.

Sur le second amendement, le Gouvernement avait considéré qu'une participation des collectivités à hauteur de 100 % du capital remettrait en cause la notion même d'économie mixte, définie par le ministre en séance comme « la rencontre de plusieurs cultures de gestion, lesquelles paraissent nécessaires à la dynamique des organismes en question ».

Il faisait également observer que la détention de 100 % du capital d'une société par une collectivité pourrait conduire à une nouvelle forme de concession des services publics, dépourvue des garanties de procédures instituées par la loi du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques^{Notes 6}.

6. - La question est revenue devant le Parlement à l'occasion de la discussion du projet de loi relatif aux concessions d'aménagement adopté fin juillet 2005^{Notes 7}, mais le Gouvernement a renvoyé alors à un groupe de travail le soin d'étudier la possibilité de créer de telles sociétés. La discussion du projet de loi ENL a été, si l'on peut s'exprimer ainsi, l'occasion de remettre la question « sur le tapis ». Un amendement a été introduit par trois députés de la majorité (V. art. 4, ter B), auquel le *Moniteur des travaux publics* a donné une certaine publicité en l'annexant à un dossier d'étude^{Notes 8}.

Après avoir examiné le statut de la société publique d'aménagement, sera abordée la question du lien que la société publique d'aménagement entretiendra tant avec la collectivité concédante qu'avec les différents acteurs économiques, partie prenante à l'opération d'aménagement, puisque le but du législateur est bien d'en faire un organisme au statut spécifique et bénéficiant du régime découlant du rapport *in house*.

1. Le statut de la société publique locale d'aménagement

7. - À côté des sociétés d'économie mixte locales et d'autres catégories de structures d'aménagement, comme les établissements publics, la loi crée la forme de la société publique locale d'aménagement. Compte tenu de ce qui a été dit, cette dernière apparaît bien comme une sorte d'avatar de l'économie mixte locale.

8. - En tout premier lieu, il est bon de relever que la société publique locale d'aménagement, comme la SEM, reste une personne morale de droit privé. Elle est régie par le livre II du Code de commerce mais également par le chapitre IV du titre II, du livre V, de la première partie du Code général des collectivités territoriales, à savoir celui concernant justement l'Administration et le contrôle des sociétés d'économie mixte locales. La filiation est donc évidente.

9. - Pourtant, une première curiosité peut être relevée : ces sociétés ne relèvent pas du chapitre III du même titre du Code général des collectivités territoriales qui décrit les modalités d'intervention des SEM locales et qui définit pourtant les conditions auxquelles une telle société peut conclure une concession d'aménagement (CGCT, art. L. 1523-2). Ainsi, une société publique locale d'aménagement n'est soumise qu'aux conditions opposables par le Code de l'urbanisme aux opérations d'aménagement. Toutefois, l'article L. 300-4 dudit code prévoyant que la réalisation d'une opération d'aménagement ne peut être confiée à toute personne y ayant vocation que par la voie d'une concession, sur ce point le législateur de 2002 avait « déblayé le terrain » et avait tout prévu puisque l'article L. 300-5-2 indique que « les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 300-4 ne sont pas applicables aux concessions d'aménagement conclues entre le concédant et un aménageur sur lequel il exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités avec lui ou, le cas échéant, les autres personnes publiques qui le contrôlent ».

10. - Concernant la constitution de telles sociétés, c'est donc n'importe quel niveau de collectivités territoriales (commune, département, région) et leurs groupements, notamment les établissements publics de coopération intercommunale (communautés de communes, d'agglomérations, communautés urbaines) qui peuvent en décider la création. Le terme de « groupements des collectivités territoriales » est imprécis. Ce terme ne fait pas partie de l'énumération de l'article 72 de la Constitution. Ce ne sont donc pas des collectivités mais des établissements publics territoriaux qui ne bénéficient ni d'un conseil directement élu, ni d'une clause générale de compétence^{Notes 9}. Ainsi existe

un doute sérieux sur la participation au capital de ces sociétés pour les syndicats mixtes, notamment ceux ne regroupant pas que des collectivités ou des groupements (CGCT, art. L. 5721-2). Ces derniers ne peuvent certainement pas être actionnaires puisqu'ils ne sont pas un groupement de collectivités territoriales.

11. - Plus globalement encore, l'ensemble des établissements publics nationaux ou locaux ne peuvent non plus prendre de participations dans ces sociétés. La question a été pourtant abordée au cours du débat parlementaire notamment au Sénat. Deux amendements très proches proposaient d'élargir l'actionariat de ces sociétés à d'autres personnes publiques tels les offices d'HLM et les chambres consulaires. Les deux amendements ont été repoussés par le Gouvernement pour le motif suivant : en acceptant d'autres personnes que les collectivités territoriales, le risque était grand de se voir opposer la non réalisation d'une condition essentielle du *in house* à savoir l'exercice d'un contrôle analogue à celui exercé par la collectivité sur ses propres services, le Gouvernement ne souhaitant pas avoir de difficultés avec Bruxelles sur cette question à un moment où, indique le ministre, celui-ci est en négociation sur la manière d'aménager à la française^{Note 10}.

12. - Soumises aux dispositions du livre II du Code de commerce, ces sociétés devront donc comporter un nombre d'associés qui ne pourra être inférieur à sept.

13. - Une autre formule, plus innovante, inspirée de celle de la société par action simplifiée pouvant comprendre un seul associé détenteur de la totalité des actions, n'a pas été retenue alors qu'elle existe pour certaines entreprises publiques locales en Europe mais, comme cela sera examiné plus loin, cet actionariat unique n'est pas forcément nécessaire pour remplir les conditions du *in house*. Il faudra donc réaliser un tour de table entre au moins sept collectivités territoriales exerçant la compétence aménagement. On voit dès lors peu de régions ou de départements entrer dans de telles structures. Par ailleurs, l'aménagement de l'espace étant une compétence transférée de plein droit dans les communautés de communes ou d'agglomération, les communes membres ne devraient pas pouvoir prendre de participations dans de telles sociétés^{Note 11}.

14. - Appliqué au cas des SEM locales, il n'y a pas de raison que ce principe ne vaille pas pour les sociétés publiques d'aménagement. En conséquence, ces dernières devraient donc être le plus souvent des regroupements d'établissements publics de coopération intercommunale au titre de l'exercice de la compétence aménagement de l'espace.

15. - Autre point délicat : alors que dans le secteur de l'aménagement, l'article L. 1522-3 du Code général des collectivités territoriales prévoit que le capital social d'une SEM locale doit être au moins de 150 000 EUR, la loi ne prévoit ici aucun capital social minimal et renvoie à celui prévu par le Code de commerce, à savoir 37 000 EUR (C. com., art. L. 224-2), ce qui est bien peu pour des sociétés intervenant dans ce secteur et compte tenu de l'importance du risque engendré par les opérations d'aménagement, maintes fois mis en exergue par la Cour des comptes dans ses rapports pour critiquer l'insuffisance des fonds propres des sociétés du secteur^{Note 12}.

16. - Rien n'est dit non plus sur le point de savoir si le capital de ces sociétés est constitué par versement d'argent ou s'il peut y avoir des apports en nature. Seule la forme de société anonyme est précisée par le nouvel article L. 327-1 qui dispose également qu'une collectivité territoriale ou un groupement de collectivités territoriales devra détenir la majorité des droits de vote et non du capital. On aura donc forcément une collectivité « chef de file » qui risque de peser sur les choix qui seront opérés en matière d'opération d'aménagement.

17. - La société publique locale d'aménagement, en tant que personne morale de droit privé, sera soumise aux textes applicables aux entreprises en difficulté et l'on peut penser que la jurisprudence dégagée pour les SEM sera transposable aux sociétés publiques locales d'aménagement. Ainsi, et comme le Tribunal des conflits l'a admis^{Note 13}, confirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation^{Note 14}, les actions dirigées contre la ou les collectivités dirigeantes relèveront de la juridiction judiciaire et pourront avoir pour objet un comblement de passif, toute action contre l'élu mandataire, et ce malgré les dispositions de l'article L. 1524-5 du Code général des collectivités territoriales, n'ayant pas été exclue par le juge judiciaire^{Note 15}.

Le désir du législateur de pouvoir entrer dans le monde très restreint des relations *in house* justifiait-il la naissance de cette société si atypique ?

Par ailleurs, la recherche d'une responsabilité pénale de l'élu mandataire sera possible puisque l'on appliquera les dispositions propres aux SEM et le juge pénal a déjà sanctionné des élus pour certains faits relatifs à la gestion des SEM^{Note 16}.

18. - Le risque du délit d'octroi d'avantage injustifié pourrait être particulièrement important au sein d'une société publique locale d'aménagement si, par exemple, il était démontré une volonté de conclure une convention *in house* alors même que les conditions n'en sont pas remplies.

19. - Toutes ces craintes ne font que confirmer le hiatus existant entre la nature de la personne morale et sa fonction, mais

ce hiatus est semble-t-il voulu par le législateur pour conserver une certaine souplesse de gestion que n'aurait pas la personne morale de droit public, c'est-à-dire l'établissement public industriel et commercial ou la régie. Certes, comme vu précédemment, la loi ne retient pas, ainsi que le proposait J.-F. Sestier^{Note 17}, une forme unipersonnelle mais une forme assez proche c'est-à-dire une société avec une collectivité actionnaire « chef de file ». Néanmoins, et comme le faisait remarquer cet auteur, quelle différence y a-t-il avec une régie ou une personne morale de droit public poursuivant une activité industrielle et commerciale, si ce n'est, peut-on ajouter, la soumission des sociétés publiques locales d'aménagement au droit de la faillite et les personnes de droit public au Code des marchés publics ?

Cela précisé, le désir du législateur de pouvoir entrer dans le monde très restreint des relations *in house* justifiait-il la naissance de cette société si atypique ?

20. - Dès lors, on peut émettre quelques doutes sur l'intérêt de la formule et il est bon que le législateur ait prévu de ne laisser vivre la structure que dans l'éprouvette de l'expérimentation prévue en vertu de l'article 37-1 de la Constitution et non de l'article 72. Cela dit, on voit bien dans quel but une telle forme de société a été constituée. Pourtant est-on sûr que lorsqu'elle conclura une concession d'aménagement avec une collectivité territoriale, elle pourra bénéficier automatiquement du *in house* ? De plus, quel sera le cadre juridique dans lequel s'inscrira la société publique locale d'aménagement lorsqu'elle contractera tant avec une collectivité qu'avec des tiers (bureau d'études, maître d'oeuvre, entreprises de travaux publics, prestataires) ?

2. L'environnement contractuel de la société publique locale d'aménagement

21. - La société publique locale d'aménagement a été créée pour essayer de faire entrer certaines opérations d'aménagement dans le cadre du rapport *in house*. Pourtant, est-on sûr, tant au vu de la jurisprudence communautaire que nationale, que cette exception puisse trouver à s'appliquer ? On rappellera tout d'abord que ladite exception *in house* résulte d'un arrêt désormais célèbre de la Cour de justice des communautés européennes (CJCE), l'arrêt *Teckal* écartant l'application de la directive du 14 juin 1993^{Note 18} aux marchés conclus entre un pouvoir adjudicateur et une personne juridiquement distincte, si deux conditions sont réunies : la collectivité doit exercer sur son cocontractant un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et celui-ci doit réaliser pour elle l'essentiel de son activité^{Note 19}.

Cette position a été suivie de décisions plutôt restrictives, notamment pour les sociétés d'économie mixte, illustrées tout d'abord par l'arrêt du 11 janvier 2005^{Note 20}. On rappellera ici le dispositif sans équivoque de l'arrêt : « dans l'hypothèse où un pouvoir adjudicateur a l'intention de conclure un contrat à titre onéreux portant sur des services qui relèvent du champ d'application matériel de la directive n° 92/50, telle que modifiée par la directive n° 97/52, avec une société juridiquement distincte de lui, dans le capital de laquelle il détient une participation avec une ou plusieurs entreprises privées, les procédures de passation de marchés publics prévues par cette directive doivent toujours être appliquées », qui doit être néanmoins rapproché du point 51 du même arrêt qui adopte un raisonnement plus nuancé, fondé plutôt sur l'idée d'avantage qu'une entreprise privée pourrait (conditionnel) retirer de la participation à une SEM : « en second lieu, l'attribution d'un marché public à une entreprise d'économie mixte sans appel à la concurrence porterait atteinte à l'objectif de concurrence libre et non faussée et au principe d'égalité de traitement des intéressés visé à la directive n° 92/50, dans la mesure où, notamment, une telle procédure offrirait à une entreprise privée présente dans le capital de cette entreprise un avantage par rapport à ses concurrents ».

En éliminant tout actionnaire privé de la société publique d'aménagement, le législateur français a semble-t-il voulu répondre aux exigences de la jurisprudence communautaire

22. - D'autre part, par un arrêt du 10 novembre 2005^{Note 21}, la Cour a également refusé d'appliquer le *in house* à un marché conclu avec une société à capitaux publics, car une part du capital social, à hauteur de 49 %, a été, peu de temps après, cédée à une entreprise privée.

23. - De ces deux arrêts il semble découler que le *in house* ne peut pas être appliqué lorsqu'est présent, dans l'entité cocontractante, un actionnaire privé qui poursuit des objectifs autres que d'intérêt général et que l'exonération de la mise en concurrence pourrait permettre à l'actionnaire privé de tirer un avantage concurrentiel par rapport à ses concurrents.

En éliminant tout actionnaire privé de la société publique d'aménagement, le législateur français a semble-t-il voulu répondre aux exigences de la jurisprudence communautaire.

24. - Cela précisé, est-ce une condition suffisante pour répondre aux conditions posées ?

En effet, on peut soutenir que le recours à une telle société à capitaux publics ne suffit pas pourtant à faire entrer le lien contractuel dans le cadre des relations intégrées. Comme le rappelle l'arrêt du 13 octobre 2005^{Note 22}, si ladite entité dispose d'amples pouvoirs de gestion ou si la collectivité n'exerce pas sur la société publique un contrôle analogue à celui

qu'elle exerce sur ces propres services, la condition des relations intégrées n'est pas satisfaite. D'où la question qui vient immédiatement à l'esprit : celle de savoir ce qu'est un contrôle analogue à celui exercé sur ses propres services.

Comme le remarque F. Linditch^{Note 23}, c'est une appréciation *in concreto* qui doit permettre d'établir l'amplitude du contrôle exercé, et ce même si une telle démarche a ses propres limites.

25. - En effet, comme indiqué plus haut, la société publique locale d'aménagement est une société par actions régie par le Code de commerce, corrigé par l'application des règles relatives à l'Administration et au contrôle des SEM (CGCT, art. L. 1524-1 à L. 1524-7). Eu égard au caractère dérogatoire de ces dernières, peut-on dire que les collectivités actionnaires exercent sur ladite société un contrôle analogue à celui exercé sur leurs propres services, un contrôle analogue n'étant bien sûr pas un contrôle identique ?

26. - L'existence d'un contrôle que l'on pourrait qualifier de hiérarchique n'est certainement pas nécessaire pour faire naître des rapports relevant du *in house*. Une tutelle exercée sur les principales décisions de la société publique permettant à la collectivité de s'opposer à des décisions du conseil d'administration, voire de se substituer à celui-ci pourrait être assimilée à un contrôle analogue mais là encore une telle analyse rencontre les limites propres à l'exercice de ce pouvoir de tutelle. En effet, le contrôle de tutelle n'est qu'un pouvoir d'approuver ou d'empêcher, parce qu'il s'exerce relativement à une initiative qui est nécessairement celle de l'autorité sous contrôle et que l'autorité de contrôle ne peut prendre à sa place (sauf exception du pouvoir de substitution). Comme l'indique le *Traité de droit administratif* de Monsieur A. de Laubadère^{Note 24}, le contrôle de tutelle est ainsi privé du pouvoir d'instruction et d'évocation que comporte le lien hiérarchique. Par ailleurs, le contrôle de tutelle repose exclusivement sur une appréciation de la régularité juridique des actes et non de l'opportunité. Or, il est bien difficile de trouver dans les règles précitées d'administration des SEML une quelconque trace d'un contrôle de tutelle et, *a fortiori*, hiérarchique. D'ailleurs, le législateur en 1983 avait justement entendu supprimer tout contrôle *a priori* sur la gestion des SEM et avait, dans ce but, supprimé l'institution du commissaire du Gouvernement^{Note 25}. Il est donc difficile de voir dans ces règles l'exercice d'un « contrôle analogue » puisque la réforme de 1983 confirmée en 2002 avait plutôt pour objet de donner aux SEML une certaine autonomie de gestion. Certes, des contrôles sont prévus (CGCT, art. L. 1524-3 et L. 1524-5) mais ce sont des contrôles *a posteriori* sous la forme de rapports et non des moyens permettant à la collectivité de peser sur les décisions des organes délibérants. La circulaire d'application du nouveau Code des marchés publics publiée en même temps que ledit code^{Note 26} explique d'ailleurs que l'existence d'un rapport de tutelle ne suffit pas à remplir la condition (art. 3, § 1).

27. - En outre, et au moins dans le droit français, ce contrôle *in house* ne peut, semble-t-il, se concevoir sans l'existence d'un lien contractuel. Certes, c'est la proximité institutionnelle entre la collectivité et l'organisme qui sert à caractériser ce rapport particulier, mais celle-ci ne dispense pas de contractualiser.

Dans l'affaire précitée, jugée le 11 mai 2006^{Note 27}, l'avocat général s'est refusé à analyser ce qui pourrait être des contrôles faisant naître des rapports inter-organiques, mais il a quand même suggéré une grille d'analyse. Pour celui-ci, l'ampleur du contrôle peut être cernée grâce à plusieurs indices : pouvoir de délivrer des instructions, pouvoir de tutelle, nomination des dirigeants. Pour l'avocat général « il faut, à cet égard, partir du principe que ce sont les possibilités concrètes d'influence et pas seulement les règles juridiques qui importent » (pt 64).

L'avocat général en conclut que le critère du contrôle analogue peut en principe être rempli par des entreprises mixtes, mais c'est au juge national qu'il incombe d'apprécier les circonstances concrètes de l'affaire et de prendre en considération les éléments suivants : les intérêts des actionnaires, la volonté ou non de l'entreprise d'évoluer vers une privatisation de son capital, la possibilité d'influencer les nominations au conseil d'administration et de contrôler la gestion, les pouvoirs du conseil d'administration. C'est donc à partir d'un faisceau d'indices que se détermine cette situation.

La Cour ayant été saisie dans cette affaire, c'est plutôt aux juridictions nationales qu'il appartiendra de déterminer si l'organisme se trouve dans cette situation.

28. - Tout d'abord, il est bon de rappeler que le Code des marchés publics comme la loi *aménagement* ou encore l'ordonnance du 6 juin 2005, admettent le *in house*.

29. - D'autre part, la jurisprudence française a accepté parfois cette situation à la différence de la Cour qui ne l'a jamais reconnue. Ainsi, un contrat ne relève jamais de la réglementation des marchés publics s'il est passé entre deux entités relevant d'un même pouvoir adjudicateur^{Note 28}. Dans un arrêt récent du 20 avril 2005^{Note 29}, la cour administrative d'appel de Paris reconnaît à une association gérant la patinoire et la piscine de la ville une telle relation eu égard au financement par subvention et au contrôle prépondérant exercé sur les modalités de fonctionnement des équipements sportifs gérés par l'association, mais c'est pour poser ensuite comme principe que l'association pour le marché passé avec une société de gardiennage devait se soumettre aux procédures de publicité et de mise en concurrence. De même, dans un avis concernant la fondation Jean Moulin^{Note 30}, le Conseil d'État admet que la passation d'une convention avec un organisme à but non lucratif pour confier à celui-ci la gestion de tout ou partie de prestations à caractère social destinées à des fonctionnaires peut se faire en dehors des règles de publicité et de mise en concurrence, en raison notamment (mais pas seulement) du lien existant entre le ministère de l'Intérieur et ladite fondation. En revanche, dans un arrêt *Camif et*

Ugap^{Nota 31}, le Conseil d'État a refusé de voir dans l'*Ugap* un prestataire *in house*, ce dernier ne réalisant pas l'essentiel de son activité avec l'État.

30. - Pour comprendre l'intérêt du texte adopté, il n'est pas inutile de rappeler la particularité de l'économie mixte à la française et le contexte dans lequel elle s'est développée dans les années de l'après seconde guerre mondiale. Dans le secteur de l'aménagement, le réseau des sociétés d'économie mixte s'est créé à l'instigation de la Caisse des dépôts (groupe CDC) et de sa filiale, la Société centrale d'équipement du territoire (SCET), l'objet social de cette dernière étant, en 1955, défini de la manière suivante : « faciliter l'exécution des travaux entrepris par les collectivités locales ou par des organismes constitués avec leur concours en vue de l'aménagement et de la mise en valeur des régions ou des zones industrielles, agricoles ou d'habitation » et même si l'objet social et la stratégie ont évolué depuis, la SCET est restée le conseil privilégié des SRM.

La libération des prestations de services, dans le cadre européen notamment, remet en cause cet adossement et conduit à un desserrement inéluctable du lien organique entre l'économie mixte et les diverses structures constituant le groupe CDC.

31. - Comme l'indique l'objet social donné à la SCET dans les années 1950, l'économie mixte locale s'est d'abord développée à cette époque comme outil de la Caisse des dépôts pour assurer l'équipement du pays. Ce n'est qu'avec les lois de décentralisation, et notamment la loi de 1983 que les collectivités territoriales se sont réappropriées l'économie mixte sans que le lien avec la Caisse des dépôts et ses filiales soit rompu.

Compte tenu de la jurisprudence communautaire, il était donc impossible de considérer que de telles « entreprises mixtes » puissent relever du *in house*, d'où le détour par la société publique locale d'aménagement qui permet de mieux répondre à la première condition.

32. - Cela précisé, une autre difficulté découle du point de savoir si une société publique d'aménagement doit, pour bénéficier du *in house*, réaliser la totalité de ses activités pour ses collectivités actionnaires ou seulement l'essentiel desdites activités. L'article L. 327-1 nouveau se borne à indiquer que ces sociétés sont compétentes pour réaliser pour le compte de leurs actionnaires et sur les territoires des collectivités territoriales ou des groupements de collectivités qui en sont membres toute opération d'aménagement. Ledit article mérite d'être commenté à la lumière de la jurisprudence la plus récente de la Cour à savoir l'arrêt *Carbotermo Spa* déjà cité^{Nota 32}. De manière assez surprenante, la loi apparaît plus sévère que la jurisprudence communautaire, laquelle est prête à admettre des activités accessoire. Comme le relève G. Eckert^{Nota 33}, ledit arrêt apporte, sur ce point, d'utiles précisions. Ainsi, pour savoir quel niveau d'activités accessoires est admissible, la Cour refuse d'appliquer le seuil figurant à l'article 13 de la directive du 14 juin 1993^{Nota 34} et qui est repris à l'article 23 de la directive du 31 mars 2004 relatives aux marchés passés dans les secteurs spéciaux^{Nota 35}.

33. - Ce texte exclut l'application de ces directives aux marchés passés par une entité adjudicatrice auprès d'une entreprise liée ou par une co-entreprise auprès d'une des entreprises liées « pour autant que 80 % au moins du chiffre d'affaires moyen que cette entreprise a réalisé dans la Communauté au cours des trois dernières années en matière de services provienne de la fourniture de ces services aux entreprises auxquelles elle est liée ». Ces dispositions étant strictement limitées aux seuls secteurs spéciaux - elles n'ont d'ailleurs pas été étendues par la directive du 31 mars 2004 dans les secteurs ordinaires^{Nota 36} - et encore, elles ne visent que les seuls marchés de services, la Cour a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'étendre ce seuil de 80 % du chiffre d'affaires à la détermination des relations *in house*. En effet, la Cour considère que la condition est satisfaite si l'activité de l'entreprise « est consacrée principalement à cette collectivité, toute autre activité ne revêtant qu'un caractère marginal » (pt 63).

34. - Comme l'analyse G. Eckert dans sa note sous l'arrêt, la Cour a apporté des précisions importantes. En premier lieu, il convient de tenir compte non seulement des prestations fournies à la collectivité actionnaire elle-même mais également à des tiers, pour le compte de cette collectivité, dans le cadre notamment d'activités de service d'intérêt général. Cela découle logiquement de l'extension de la notion de contrat *in house* aux concessions et, tout particulièrement, aux concessions de services^{Nota 37}. La Cour précise, dans l'arrêt, que les activités qu'il convient ainsi de retenir sont « toutes celles que cette entreprise réalise dans le cadre d'une attribution faite par le pouvoir adjudicateur » (pt 66). Le critère est donc celui de l'habilitation donnée par la collectivité publique, quelle que soit l'activité considérée.

35. - En second lieu, la Cour précise que lorsque le capital de la société est détenu par plusieurs personnes publiques, il convient de rechercher, non pas si cette entreprise exerce l'essentiel de son activité avec tel ou tel actionnaire, « mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble » (pt 70). Cette interprétation est fidèle à la lettre de l'arrêt *Teckal*, lequel faisait mention des activités assurées au profit de « la ou les collectivités ».

36. - Enfin, la Cour indique que, s'agissant des prestations fournies dans le cadre d'une attribution par le pouvoir adjudicateur, le point de savoir qui, de l'usager ou de la collectivité, rémunère le service rendu ou encore sur quel territoire est fourni ledit service est sans pertinence.

37. - On remarquera que sur deux points au moins, la loi française apporte des restrictions qui ne sont pas jugées

nécessaires par la jurisprudence communautaire. Comme cela a déjà été examiné, l'article L. 327-1 prévoit qu'une collectivité soit l'actionnaire majoritaire. Or, selon le point 70 de l'arrêt, l'essentiel de l'activité doit être exercé non pas avec tel ou tel actionnaire « mais avec ces collectivités prises dans leur ensemble ». En outre, l'article L. 327-1 limite l'intervention desdites sociétés au territoire des collectivités actionnaires alors que pour la Cour cette question est sans importance.

On veut bien croire que ce texte est un ballon d'essai pour faire bouger Bruxelles sur la question de "l'aménagement à la française"

38. - Malgré la combinaison de l'article L. 300-5-2 du Code de l'urbanisme et de ce dernier article, il va donc appartenir au juge français de dire si une telle société peut se voir attribuer une concession d'aménagement *in house*. La loi française en étant plus exigeante permettrait donc de « garantir » l'existence de tels contrats. Cela dit, n'est-ce pas aller un peu vite en besogne, car la question peut être posée de la compatibilité de ce texte avec les principes fondateurs du droit de l'Union européenne ce qui pourrait faire apparaître la loi française comme étant en réalité un obstacle supplémentaire à l'application des règles de concurrence dont la Commission européenne vient de rappeler, dans sa communication interprétative du 23 juin 2006, la portée générale en insistant sur l'obligation de transparence ?^{Note 38}

39. - De plus, et même si l'article L. 327-1 ne dit rien sur la question de la qualification de la concession d'aménagement, tout rapprochement n'est pas dénué d'intérêt. La loi du 20 juillet 2005 relative aux concessions d'aménagement s'est bien gardée de se prononcer sur cette qualification et s'est bornée à indiquer que l'attribution des concessions d'aménagement est soumise par le concédant à une procédure de publicité permettant la présentation de plusieurs offres concurrentes. Ladite loi renvoie à un décret en Conseil d'État le soin d'en définir les conditions. Elle ne se prononce pas sur la nature du contrat, nature apparemment indifférente à la question de savoir si l'on est ou non dans l'hypothèse du *in house*.

40. - Pourtant, les conclusions de l'avocat général J. Kokott, dans l'affaire *Auroux et autres c/ Commune de Roanne*, qui conduisent celui-ci à réfléchir sur cette nature et à qualifier, au moins au cas d'espèce, la concession de marché de travaux (pt 47 à 59), alimentent le doute sur l'intérêt de l'article L. 327-1.

L'avocat général J. Kokott s'appuie, pour arriver à sa conclusion, sur la notion d'entrepreneur telle qu'elle figure à l'article 1er sous a/ de la directive n° 93/37^{Note 39} et même si cette dernière ne définit pas la notion. L'avocat général part de la notion d'entreprise qui se définit comme toute entité exerçant une activité économique, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement. Pour l'avocat général, cette définition peut être transposée au domaine des marchés publics. En effet, écrit-il : « conformément aux objectifs de la directive n° 93/37, de contribuer à la réalisation de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services et de faire se développer une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, il convient de retenir une acception large de la notion d'entrepreneur également dans ce domaine. Cette approche se trouve désormais confirmée par la définition légale édictée à l'article 1er, paragraphe 8, de la directive 2004/18 pour les cas futurs. Conformément à cette disposition, sont des entrepreneurs au sens du droit des marchés publics les personnes physiques ou morales ou entités publiques ou groupements de ces personnes et/ou organismes qui offrent la réalisation des prestations en cause sur le marché ». Si cette interprétation est adoptée par la Cour, sa combinaison avec la jurisprudence issue par exemple de l'arrêt *Brixen* pourrait réduire à néant l'expérimentation française des sociétés publiques locales d'aménagement. En effet, et même s'il s'agit d'une société détenue à 100 % par des collectivités publiques, celle-ci reste une entreprise. Dès lors, en tant qu'entité offrant la réalisation de prestations sur le marché, elle dispose forcément d'une « autonomie de gestion » qui empêche, quoi qu'il arrive, de considérer que la société concessionnaire puisse se réclamer du *in house*. Si l'on adopte ce raisonnement, on est bien obligé de conclure à l'impasse juridique.

41. - On veut bien croire que ce texte est un ballon d'essai pour faire bouger Bruxelles sur la question de « l'aménagement à la française », pour lequel le Gouvernement négocie avec la direction générale du marché intérieur de la Commission. Comme l'a indiqué la représentante du Gouvernement devant le Sénat lors de la séance du 6 avril 2006, des discussions devaient être finalisées à l'été... En effet, dans d'autres domaines, notamment celui des transports, certaines évolutions sont en cours. Au début de l'été 2006, le Conseil des ministres des Transports de l'Union européenne a adopté un projet de règlement qui sera soumis au Parlement en novembre 2006 et qui prévoit un système d'attribution directe sans mise en concurrence pour les services ferroviaires et pour certains services de transport public de voyageurs en deçà d'un certain plafond^{Note 40}.

42. - Dès lors, plutôt que de s'enfermer dans la recherche de la définition d'un rapport *in house* quasi introuvable, la solution nous semblerait être que, pour l'aménagement et sous réserve peut-être d'en trouver une définition pas seulement téléologique, telle que celle résultant de l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme^{Note 41}, Bruxelles accepte que les contrats d'aménagement, même s'ils échappent aux directives marchés publics, soient soumis à des normes pratiques pour leur passation qui respectent les principes du traité. La communication du 23 juin 2006 rappelle, pour les marchés qui ne sont pas soumis ou qui ne sont que partiellement couverts par les directives marchés publics, l'obligation de respecter les règles de concurrence, les concessions ne relevant pas de cette communication car devant être incluses dans le suivi du *Livre vert sur les partenariats public / privé*.

43. - Dans un article récent, E. Fatôme et L. Richer proposent une sorte d'éclatement de la concession d'aménagement en deux catégories dans lesquelles deux situations seraient elles-mêmes concevables^{Note 42}. Cette typologie se veut inspirée tout à la fois de la position de la Commission qui estime que la qualification des concessions d'aménagement varie en fonction de leurs modalités contractuelles et notamment financières et de la jurisprudence *Ordine degli Architetti*^{Note 43} mais dont l'avocat général J. Kokott, dans ses conclusions précitées, limite justement la portée eu égard au caractère très particulier d'attribution du marché de rénovation de la Scala de Milan, la commune, du fait de la loi, étant dans l'impossibilité de choisir un autre cocontractant.

45. Cette distinction doctrinale n'apparaît pas très convaincante dans la mesure où la typologie établie distingue entre concession avec participation publique (sans risque) et concession aux risques et périls (sans participation publique) et ne rend pas compte d'une réalité de terrain qui admet - liberté contractuelle oblige - toute sorte de répartition du risque d'une opération depuis la prise en charge totale de celui-ci par le concédant (de plus en plus fréquente) jusqu'à une concession aux risques et périls de l'aménageur (rare depuis 1990) en passant par des systèmes de partage du déficit ou de l'excédent. Dès lors, et dans l'attente de l'arrêt qui sera rendu sur les conclusions J. Kokott, dans une affaire où la Cour a été saisie sur question préjudicielle et pour une concession prévoyant la prise en charge du risque total par le concédant, la solution ne réside-t-elle pas dans une procédure unique respectant l'obligation de transparence^{Note 44} ?

En l'absence du décret d'application de la loi de 2005, les collectivités concédantes ont su mettre en place des procédures plus ou moins formalisées respectant ledit principe (V. les publicités fréquemment publiées dans le *Moniteur des travaux publics*).

44. - C'est bien la solution adoptée, après des mois d'hésitation, par le pouvoir réglementaire dans le décret du 31 juillet 2006^{Note 45} qui soumet la passation des concessions d'aménagement quelles qu'elles soient - y compris celles dans lesquelles le concessionnaire est rémunéré par les résultats de l'opération - à une publicité dans un journal habilité à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée ainsi qu'un avis au JOUE lorsque le montant des travaux nécessaires à la réalisation des équipements est supérieur à 5 270 000 EUR hors taxes puis laisse le concédant choisir son concessionnaire « après avoir engagé librement toute discussion utile avec une ou plusieurs personnes ayant présenté une candidature ».

Le droit communautaire n'impose le respect d'un certain formalisme que lorsque certains seuils de marchés sont dépassés mais cela n'implique pas qu'en dessous de ces seuils règne une totale opacité

45. - Commentant le Livre vert de la Commission européenne sur les partenariats public privé (PPP) et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, A. Tessier se demandait si du fait de la complexité des PPP, parfois qualifiables de concessions, parfois de marchés publics, il ne fallait pas, comme la Commission le suggère d'ailleurs, soumettre tous les partenariats contractuels à un régime de passation unique^{Note 46}. On ajoutera que ce régime de passation unique se doit aussi d'assurer le respect des règles issues du traité ou des principes déduits par la jurisprudence de la Cour du droit primaire. Ainsi, le droit communautaire et notamment les directives n'imposent le respect d'un certain formalisme que lorsque certains seuils de marchés sont dépassés mais cela n'implique pas qu'en dessous de ces seuils règne une totale opacité. En revanche, il est vrai que serait contraire à l'esprit du droit communautaire d'imposer en dessous des seuils les mêmes procédures que celles existant au-dessus desdits seuils, d'où l'importance du principe de transparence qui n'implique pas l'application des règles fixées par les directives mais seulement un degré de publicité adéquat que le juge national devra contrôler (V. sur le sujet la jurisprudence émanant du Conseil d'État en matière de délégation de service public et de marchés publics).

46. - Le pouvoir réglementaire semble avoir retenu la leçon de cette réflexion et le décret s'inscrit clairement dans cette ligne de simplification. D'une part, il n'a pas jugé bon de distinguer entre concession d'aménagement sans risque de l'aménageur et véritable concession avec risque de l'aménageur puisque, selon le décret du 31 juillet 2006, celui-ci est applicable aux concessions d'aménagement pour lesquelles le concessionnaire est rémunéré substantiellement par les résultats de l'opération d'aménagement (*C. urb., nouv. art. R. 300-11*). On va donc bien vers le régime unique de passation et ce, malgré le point de vue de la commission exprimé récemment. D'autre part, il établit bien une gradation dans la règle de la publicité adéquate selon que la concession comporte ou non la réalisation d'équipements à remettre au concédant pour un montant de travaux dépassant ou non 5 270 000 EUR hors taxe.

47. - Le peu de formalisme prévu par le décret - par exemple la possibilité pour le concédant d'engager toute discussion utile avec une ou plusieurs personnes ayant présenté une candidature ou les dispositions allégées prévues lorsque la participation financière est inférieure à 135 000 EUR (*C. urb., art. R. 300-10*) - invite de ce point de vue à s'interroger sur l'intérêt de la formule de la société publique locale d'aménagement étant donné que, dans l'hypothèse de la concession *in house* comme de la concession avec publicité, le juge sera amené à examiner le respect des conditions légales, lesquelles sont certainement plus délicates à apprécier dans le cas du *in house* que dans le second cas.

Cela précisé, on est en droit de se demander si la question de l'aménagement ne devait pas être abordée plus globalement qu'à travers la question de la mise en concurrence ou non des concessions d'aménagement et si le décret de juillet 2006 n'est pas finalement qu'un texte d'attente.

En effet l'opération d'aménagement est difficile à définir en égard à la diversité de son objet et à sa complexité. Ainsi la concession *in house* et le statut particulier des sociétés publiques d'aménagement posent, avec peut-être encore plus d'acuité que dans le cadre normal, la question des études préalables qui n'est pas, notamment pour les praticiens de l'aménagement, correctement réglée par la loi de 2005. La société publique locale d'aménagement peut-elle être candidate à de telles études ? Peut-on les inclure dans le contrat *in house* ?

48. - Une globalisation de l'opération d'aménagement ne serait-elle pas dès lors nécessaire sur le modèle du contrat de partenariat ? Un premier projet de décret sur la publicité et la mise en concurrence des concessions d'aménagement faisait ainsi référence à une procédure de dialogue compétitif. Cette voie a été abandonnée mais ne faudra-t-il pas y repenser ?

49. - Cette réflexion effectuée, et à supposer néanmoins qu'une société publique locale d'aménagement puisse conclure une concession d'aménagement de l'article L. 300-5-2, se posera la question de la passation des contrats avec des fournisseurs. La société publique locale d'aménagement peut être considérée comme relevant à ce titre de deux régimes distincts. On peut tout d'abord estimer que la société publique locale d'aménagement étant un pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance du 6 juin 2005, les marchés qu'elle passe sont soumis normalement à ladite ordonnance. On peut également considérer, en application de la jurisprudence *Teckal* précitée, que pour répondre à ses besoins propres, l'organisme bénéficiant du *in house* doit mettre en oeuvre les règles de passation applicables à la personne publique contrôleuse (V. en ce sens, *CMP*, art. 3-1). Autrement dit, c'est donc bien le Code des marchés publics qui devrait être appliqué à la commande des sociétés publiques locales d'aménagement^{Note 47}.

50. - La lecture de l'article 3 du nouveau code ne lève pas l'incertitude sur ce point puisque celui-ci prévoit que le cocontractant *in house* applique pour répondre à ses besoins propres les règles de passation des marchés prévues par le présent code ou par l'ordonnance du 6 juin 2005^{Note 48}. La rédaction est ici un peu différente de celle de l'ancien code qui ne prévoit que sa propre application.

51. - Faire entrer tous les concessionnaires (ceux relevant de l'article 3, y compris les *in house*, comme les concessionnaires privés) dans le champ de l'ordonnance de 2005 permettrait d'aller vers une certaine unification du régime de passation de leurs marchés.

On relèvera néanmoins que, lorsque le concessionnaire n'est pas pouvoir adjudicateur, ses marchés de services échappent au décret d'application du 30 décembre 2005 de l'ordonnance précitée et que celui-ci peut, pour certaines opérations, mettre en oeuvre une procédure allégée de passation (*C. urb.*, art. L. 300-5 et R. 300-12).

52. - La société publique locale d'aménagement, étant pouvoir adjudicateur, ne bénéficiera pas de ces dispositions, ses marchés de services entrant dans le champ de l'ordonnance et de son décret d'application.

53. - Aux termes de l'analyse de l'article L. 327-1, l'on ne peut conclure qu'avec beaucoup de scepticisme sur l'avenir des sociétés publiques locales d'aménagement. Le regret que l'on peut avoir c'est que cette réforme débouche sur une véritable occasion manquée de réfléchir à l'évolution des règles relatives au capital social des SEM. L'article L. 327-1 n'est finalement qu'un nouvel exercice de « gallicanisme » juridique alors qu'il y avait certainement mieux à faire.

54. - Comme l'écrivait un élu, Monsieur A. Mahe en introduction de l'ouvrage *Les entreprises publiques locales dans les quinze pays de l'Union européenne*^{Note 49}, la France est le seul pays d'Europe où la mixité du capital des entreprises publiques locales présente un caractère aussi contraignant. La question de la participation des collectivités territoriales au capital des SEM et, plus globalement des sociétés commerciales, renvoie inmanquablement à la problématique de l'intervention économique des collectivités territoriales, toujours plus ou moins enfermée dans le cadre juridique de la jurisprudence du Conseil d'État des années 1920 - 1930.

55. - Revoir les conditions dans lesquelles les collectivités territoriales peuvent entrer au capital d'une société d'économie mixte ou envisager des possibilités de partenariat avec la sphère privée est un débat qui mérite mieux qu'un amendement parlementaire dans la loi ENL.

Note 1 L. n° 2006-872, 13 juill. 2006 : *Journal Officiel* 16 Juillet 2006 ; JCP A 2006, 1180, 1181 et act. 672.

Note 2 L. n° 83-597, 7 juill. 1983 : *Journal Officiel* 8 Juillet 1983.

- Note 3 V. *FNSEM, Annuaire des SEM 2006.*
- Note 4 L. n° 2002-1, 2 janv. 2002 : *Journal Officiel 3 Janvier 2002.*
- Note 5 V. également, *Les entreprises publiques locales dans les quinze pays de l'Union européenne : Dexta 1999, 231 p.*
- Note 6 V. *J. Darne, Rapp. AN, n° 3398, 2001-2002, p. 14.*
- Note 7 L. n° 2005-809, 20 juill. 2005 : *Journal Officiel 21 Juillet 2005.* - C. Devès, *La loi relative aux concessions d'aménagement ou comment parler au plus pressé !* : *JCPA 2005, 1342.* - S. Traoré, *L'assujettissement des nouvelles concessions d'aménagement à l'obligation de publicité et de mise en concurrence* : *Constr. - urb. 2005, aloria 25.* - P. Ternyre, *Retour aux concessions d'aménagement* : *BJCP 2005, p. 338.*
- Note 8 V. *Les contrats in house* : *Mon. TP 2 juin 2006, p. 88 et cah. détaché.*
- Note 9 V. *A. Jusseau, Droit constitutionnel local : J.-Cl. Administratif, Fasc. 1442, pt 20.*
- Note 10 V. *Compte rendu intégral des débats, séance du 6 avr. 2006.*
- Note 11 *TA Versailles, 11 mai 1993, n° 924044, Cne Montigny-la-Brétonneux c/ SAN St-Quentin-en-Yvelines : Juris-Data n° 1993-049803.*
- Note 12 C. *comptes, Rapp. Président de la République, I, 1990, p. 351.*
- Note 13 T. *confl., 2 juill. 1984, Corep Indre-et-Loire : JCP G 1984, II, 20306, concl. D. Labatouille et note E. Alfandari.*
- Note 14 *Cass. com., 25 juin 1991, n° 88-14.323 : Juris-Data n° 1991-001715 ; Bull. civ. 1991, IV, n° 239. - Cass. com. 26 oct. 1999 : JCP G 1999, II, 10221.*
- Note 15 *CA Cassn, 24 sept. 1998, Semca Cour : RGCT 1998, p. 132, note C. Devès, p. 132. - V. contra, CA Nancy, 18 janv. 2006, Dubois : Juris-Data n° 2006-300995.*
- Note 16 V. *sur le sujet M. Guénaire et E. Vital Durand, Principales infractions susceptibles d'être commises au sein des sociétés d'économie mixte locales : JCP A 2003, 1668.*
- Note 17 *J.-F. Sestier, Nouvelles considérations sur l'arrêt Stade Hiallo et les marchés publics in house : BJCP 2005, p. 262.*
- Note 18 *Cons. UE, dir. n° 93/36 : JOCE n° L 199, 9 août 1993, p. 1.*
- Note 19 *CJCE, 18 nov. 1999, aff. C-107/98, Teckal : Rec. CJCE 1999, I, p. 8121 ; Dr. adm. 2000, comm. 31. - Arrêt CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-94/99, Arge Gewässerschutz : Rec. CJCE 2000, I, p. 11037 ; D. 2001, inf. rap. p. 279 ; Contrats - Marchés publ. 2001, comm. 36 ; BJCP 2001, p. 121, concl. P. Léger. - P. Delvolvé, *Marchés publics : les critères des « contrats maison »* : *RDUE 2002, p. 53.**
- Note 20 *CJCE, 11 janv. 2005, aff. C-26/03, Stadt Halle, RLP Recycling park Lochau GmbH : Rec. CJCE 2005, I p. 1 ; AJDA 2005, p. 898, note F. Rolin ; Contrats - Marchés publics 2005, comm. 68, obs. Eckert ; BJCP 2005, p. 262, note J.-F. Sestier, préc.*
- Note 21 *CJCE, 10 nov. 2005, aff. C-29/04, Commission c/ Autriche : JCP A 2006, 1081, chron. O. Dubos ; Contrats - Marchés publics 2006, comm. 2, note G. Eckert.*
- Note 22 *CJCE, 13 oct. 2005, aff. C-458/03, Parking Brixen GmbH : JCP A 2006, 1024, chron. O. Dubos ; JCP A 2006, 1364, note M. Drafhaus.*
- Note 23 *CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, Carbotermo SpA, Consorzio Alisei c/ Comune di Busto Arsizio, Agesp SpA : JCP A 2006, 1125, note F. Lindtich.*
- Note 24 *A. de Laubadère, J.-C. Venezia et Y. Gaudemet, Traité de droit administratif : LGDJ 1999, 15e éd., t. 1, p. 126.*
- Note 25 V. *C. Devès, Nouveau départ pour l'économie mixte locaux ? : AJDA 1983, p. 599.*
- Note 26 *Circ. 3 août 2006 : Journal Officiel 4 Aout 2006 ; JCP A 2006, 1194.*
- Note 27 *CJCE, 11 mai 2006, aff. C-340/04, préc.*
- Note 28 *CE, 29 avr. 1970, Sté Unipatr : Rec. CE 1970, p. 280.*
- Note 29 *CAA Paris, 20 avr. 2005, n° 02PA02193, Cne Boulogne-Billancourt : Juris-Data n° 2005-280752.*
- Note 30 *CE, avis, 23 oct. 2003, n° 369315 : CP-ACCP, juin 2004, p. 74, note E. Fatôme et L. Richer.*

Les directives communautaires « marchés publics » ne s'appliquent qu'aux relations entre un pouvoir adjudicateur et un tiers à qui il entend confier, à titre onéreux, la réalisation d'une prestation. Plus précisément, l'application des règles communautaires suppose que le cocontractant « ait effectivement la qualité de tiers par rapport à ce pouvoir adjudicateur, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une personne distincte de celui-ci » (concl. de M. Cosmas sous CJCE, Teckal, préc., point 53). À l'inverse, les directives ne s'appliquent pas lorsque la collectivité publique recourt, pour répondre à ses besoins, à ses propres services ou à une entité juridiquement distincte qui constitue son simple prolongement administratif. La notion de prestations *in house* dégagée par la CJCE soustrait, ainsi, le pouvoir adjudicateur de procédure de mise en concurrence lorsqu'il charge ses propres services ou des services en position de dépendance de l'exécution de la prestation dont il a besoin.

L'application de cette dérogation aux règles de mise en concurrence créée par l'arrêt Teckal suppose que la collectivité publique exerce sur l'entité en cause « un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services et où cette personne réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent » (point 50 de l'arrêt Teckal préc.). L'exclusion des règles de mise en concurrence est ainsi conditionnée par la réunion de deux conditions tenant au contrôle exercé sur l'entité et à l'activité de celle-ci. Cependant, la définition des critères donnée par l'arrêt ne permet pas à elle seule de déterminer si un pouvoir adjudicateur peut exercer sur une société privée, un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Dans les conclusions rendues sous les arrêts BFI Holding et A, les avocats généraux semblaient toutefois admettre une telle possibilité dès lors que l'entité de droit privé est, à tout le moins, majoritairement détenue par l'autorité publique (cf. concl. de M. La Pergola ss CJCE, 10 nov. 1998, aff C-360/96, BFI Holding : Rec. CJCE 1998, I, p. 6821 ; pt 36 à 38 - Concl. de M. Léger ss CJCE, 7 déc. 2000, Arge Gewässerschutz, aff. C-94/99 : Rec. CJCE 2000, I, p. 11037, pt 60 à 64).

Saisie précisément et pour la première fois de cette question, la CJCE a mis fin au débat. La Cour a en effet considéré, par une formule générale et de principe, que les relations *in house* entre un pouvoir adjudicateur et une société privée étaient exclues, dès lors que la société était pour partie composée de capitaux privés.

Selon la Cour, l'existence, au sein de la société, de capitaux privés qui répondent à des intérêts distincts des objectifs d'intérêt général poursuivis par le pouvoir adjudicateur, exclut que celui-ci puisse être regardé comme exerçant sur l'organisme en cause un pouvoir analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. En outre, l'attribution de marchés en dehors du cadre des directives à de telles sociétés, composées pour partie de capitaux privés, accorderait aux sociétés privées détentrices d'une partie du capital, un avantage par rapport à leurs concurrents et porterait ainsi atteinte aux principes de libre concurrence et d'égalité de traitement.

Si l'existence de relations *in house* entre un pouvoir adjudicateur et un organisme de droit privé n'est pas interdite, dès lors que cet organisme est détenu à 100 % par des personnes publiques, l'attribution de contrats sans publicité ni mise en concurrence est toutefois exclue dans tous les autres cas. Rendue au sujet d'une filiale d'une Stadtwerke allemande, cette solution est applicable à l'ensemble des sociétés « dites d'économie mixte » expressément visées par la cour (point 43 de l'arrêt).

2. REMISE EN CAUSE DE L'ACCEPTION FRANÇAISE DE LA NOTION

Transposant en droit national la jurisprudence communautaire, l'article 3-1 du Code des marchés publics, issu du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 sensiblement modifié lors de la réforme du code de 2004, prévoit que le code ne trouve pas à s'appliquer « aux contrats conclus entre une des personnes publiques et un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une personne publique, il applique pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation prévues par le présent code ». Outre les deux conditions d'origine communautaire, le droit national requiert, pour l'application de la théorie des prestations *in house*, l'application par le prestataire, du Code des marchés publics pour répondre à ses besoins propres.

En dépit des critiques formulées par certains auteurs (cf. E. Fâtome et L. Richer, Procédure de passation des contrats et pouvoir d'organisation du service public : CP-ACCP, n° 12, juin 2002, p. 60 et s.) le Conseil d'État, a validé la transposition faite de l'arrêt Teckal par l'article 3-1 du Code des marchés (CE, ass., 5 mars 2003, n° 238039 et n° 233272, Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris et Union nationale des services publics industriels et commerciaux : Contrats-Marchés publ. 2003, chron. 4, concl. D. Piveteau). En outre, saisi de la légalité du point 3.1.1 de l'instruction d'application du code de 2001, le Conseil d'État a admis la légalité de cette disposition qui précisait que le régime des prestations *in house* était susceptible de s'appliquer aux relations contractuelles liant « une collectivité territoriale et une société d'économie mixte qu'elle a créée, qu'elle contrôle et qui réalise l'essentiel de son activité avec elle » (CE, 9 juill. 2003, n° 239879, Féd. française des entreprises gestionnaires des services, aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres : Contrats-Marchés publ. 2003, comm. 169). Le gouvernement a récemment confirmé cette possibilité (Rép. min n° 09614 : JO Sénat Q, 1er avr. 2004, p. 802 : Contrats-Marchés publ. 2004, comm. 100. - Rép. min. n° 10707 : JO Sénat Q, 13 mai 2004, p.1037)

L'arrêt de la Cour de justice, qui exclut de manière générale, l'existence d'une relation *in house* avec une société

composée pour partie de capitaux privés condamne l'acception française de la notion. Les sociétés d'économie mixtes locales constituent les principales victimes de cette jurisprudence puisque ces sociétés doivent nécessairement contenir au moins une personne privée (CGCT, art. L. 1521-1).

Cette décision, d'une sévérité inattendue, s'inscrit toutefois dans un mouvement prétorien qui tend à soumettre les relations contractuelles liant les collectivités publiques à leurs sociétés d'économie mixtes à des obligations préalables de publicité et de mise en concurrence. Saisi de la constitutionnalité de la loi Sapin, le Conseil constitutionnel avait déjà estimé que les SEM ne pouvaient se voir confier, sans procédure de mise en concurrence préalable, des conventions de délégation de service public (Cons. const., 20 janv. 1993, n° 92-316 DC : Journal Officiel 22 Janvier 1993 ; RFD adm. 1993, p. 902, note Puyaud). De même, le Conseil d'État a censuré à deux reprises des dispositions favorables aux SEM, en soumettant successivement les conventions de mandat (CE, ass., 5 mars 2003, n° 233372, Union nationale des services publics industriels et commerciaux : Contrats-Marchés publ. 2003, chron. 4, p. 4 et s) et les conventions publiques d'aménagement (CAA Bordeaux, 9 nov. 2004, n° 01BX00381, Cne de Cilaos c/ SODEGIS), traditionnellement exclues de leur champ d'application, à des procédures de mise en concurrence préalables.

Déjà affectées par ces annulations successives, les SEM ne peuvent plus dorénavant invoquer la théorie des prestations *in house*, pour échapper au champ de la mise en concurrence. En terme d'obligations de mise en concurrence, les sociétés d'économie mixte sont désormais des sociétés anonymes à part entière.

Marché public. - Droit communautaire. - Marché in house. - Société d'économie mixte
Société d'économie mixte. - Contrats. - Marché in house. - Droit communautaire

Encyclopédies : Administratif, Fasc. 160, 161, 625, 635



Contrats et Marchés publics n° 10, Octobre 2001, chron. 14

Les marchés de l'UGAP à l'épreuve du droit communautaire . - À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 27 juillet 2001, CAMIF, req. n° 218067

Chronique par François LLORENS

Sommaire

L'UGAP traverse, depuis plusieurs années déjà, une zone de fortes turbulences. Tour à tour, elle a vu sa gestion interne critiquée ; l'orthodoxie des procédures de passation de ses propres marchés contestée (V. par exemple, Rép. min. n° 19145 : JOAN Q 22 févr. 1999, p. 1657. - n° 2741 ; JOAN Q 11 oct. 1999, p. 5878) et l'utilité économique de ses services mise en doute (V. Circ. Min. int. 15 juin 2000 : Contrats marchés publ. 2000, comm. n° 32 et l'enquête de J. Desmazes et M. Kallka publiée par les Cahiers de recherches du CREPA, oct. 1999, citée par Mme Bergeal, note 13 de ses conclusions).

Plus inquiétant encore, le fondement même de son intervention - à savoir la possibilité pour les collectivités publiques de passer commande auprès d'elle sans publicité ni mise en concurrence préalable - s'est trouvé ébranlé. Malgré de vigoureux plaidoyers pro domo (B. Brenet, Groupement d'achats publics et droit communautaire : AJDA 2000, p. 784), un nombre croissant d'observateurs inclinaient à penser que cette liberté "exorbitante" n'était plus en conformité avec la directive 93/36 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (V. entre autres, C. Emery, Intercommunalité et contrats entre personnes publiques : AJDA 2000, p. 592. - J.-M. Peyrical, Les contrats de prestations entre collectivités publiques-Réflexions et interrogations : AJDA 2000, p. 581.-D. Chabanol, la rationalisation de la commande publique : BJCP 16/2001, p. 201).

C'est ce que confirme l'arrêt "CAMIF" (V. son texte en annexe) rendu par le Conseil d'État le 27 juillet 2001 aux conclusions de Mme Bergeal. Le statut privilégié de l'UGAP, qui avait résisté pendant longtemps (I), se trouve ainsi remis en cause. Il ne l'est cependant que partiellement (II) et pourrait connaître d'autres évolutions à l'avenir, dont on ne sait encore trop si elles marqueront son déclin ou assureront sa restauration (III).

I. - UN STATUT LONGTEMPS PRIVILÉGIÉ

L'UGAP était à l'origine un service administratif de l'État, non doté de la personnalité morale (D. n° 68-54, 17 janv. 1968). Le décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 en a fait un établissement public, industriel et commercial de l'État, placé sous la tutelle du ministre de l'économie. Son objet consiste à acheter et céder des produits et services destinés aux personnes publiques et aux organismes de statut privé assurant une mission de service public ; à apporter à ces personnes et organismes l'assistance technique dont ils peuvent avoir besoin en matière d'équipement et d'approvisionnement et à apporter son concours à des opérations d'exportation d'intérêt général (art. 1er).

Pour faciliter sa mission, le décret de 1985 lui confère un véritable privilège : celui de ne pas être mise en concurrence par les acheteurs publics qui décident d'avoir recours à ses services. L'avantage qui est ainsi consenti à l'UGAP sur les autres fournisseurs des collectivités publiques (entreprises individuelles comme centrales d'achats) est considérable et n'a d'ailleurs pas manqué de susciter dès l'origine leurs protestations (V. par exemple, Rép. min. n° 79977 : JOAN Q 17 mars 1986, p. 1065). Il n'en a pas moins résisté jusqu'à il y a peu à toutes les tentatives de contestation, qui n'ont fait que conforter sa consécration textuelle (A) par une légitimation jurisprudentielle (B).

A. - UNE DISPENSE DE MISE EN CONCURRENCE CONSACRÉE PAR LES TEXTES

Ainsi qu'on l'a dit, la dispense de mise en concurrence de l'UGAP trouve son fondement dans le décret du 30 juillet 1985. L'évolution récente de la réglementation interne des marchés publics ne l'a que faiblement affectée (1) cela en dépit du caractère assez peu convaincant des arguments qui la justifient (2).

1. L'article 25 du décret de 1985 dispose que : "Les commandes passées à l'établissement public sont dispensées de marchés au sens des articles 1er et 39 du Code des marchés publics". Il précise certes que les rapports entre l'UGAP et les acheteurs publics peuvent être définis par convention. Mais, ces conventions ne sont soumises à aucune formalité. Elles peuvent être passées librement, sans publicité, ni mise en concurrence.

L'ancien Code des marchés publics confirmait implicitement cette commodité. Il se bornait, en effet, à mentionner la possibilité pour les personnes publiques de recourir aux services de l'UGAP sans exiger d'elles le respect des règles de passation qu'il édictait. Il accentuait même cet avantage en imposant aux services civils de l'État et à ses établissements publics de recourir à l'UGAP pour leurs achats de véhicules et engins automobiles (art. 34, § 3).

En dépit des critiques que ce traitement privilégié suscitait, le nouveau CMP ne l'a pas fondamentalement modifié. Son article 9 dispose simplement que "l'Union des groupements d'achats publics, à laquelle l'État et les collectivités peuvent demander d'effectuer leurs achats de fournitures et de services, est soumise, sous réserve des dispositions qui lui sont propres, au présent code".

Le statut antérieur de l'UGAP, tel qu'il résulte du décret de 1985, demeure donc inchangé. Comme sous l'empire de l'ancien code, les commandes passées auprès de l'établissement public sont dispensées du respect de la réglementation des marchés publics.

En fait, la seule modification introduite par le nouveau code réside dans la suppression du recours obligatoire à l'UGAP pour l'achat des véhicules automobiles de l'État et de ses établissements publics administratifs. Cette contrainte n'était, en effet, prévue que par l'article 34, § 3 de l'ancien CMP. Faute d'être maintenue par le nouveau, elle doit être considérée comme abrogée.

2. La dispense de mise en concurrence dont bénéficie l'UGAP comporte cependant son revers. Par dérogation aux règles qui régissent les EPIC de l'État, l'UGAP est, en effet, tenue de respecter la réglementation des marchés publics lorsqu'elle effectue ses propres achats.

Cette obligation lui est imposée tant par le décret du 30 juillet 1985 pour les marchés relevant du seul droit interne (art. 17) que par la directive Fournitures 93/36 et ses textes de transposition, pour les marchés de seuil communautaire (voir respectivement l'annexe 1 de la directive qui mentionne l'UGAP parmi les pouvoirs adjudicateurs soumis à ses dispositions ; les articles 379 de l'ancien CMP et 9 du nouveau CMP). Elle est traditionnellement considérée comme la justification majeure de la dispense de mise en concurrence dont jouit l'UGAP auprès de ses clients publics. L'argument n'est cependant pas totalement convainquant. Il est peut-être probant pour les collectivités publiques qui considèrent volontiers qu'une double mise en concurrence est superflue et qu'une seule suffit à garantir l'efficacité de leurs commandes. Il l'est beaucoup moins pour les opérateurs économiques intervenant sur le même marché que l'UGAP qui se voient ainsi privés de la possibilité de la concurrencer directement auprès des acheteurs publics.

Ainsi s'explique que plusieurs de ces opérateurs aient cherché de longue date à remettre en cause son statut. Jusqu'à l'arrêt du 27 juillet 2001, leurs tentatives sont cependant restées largement infructueuses, débouchant même sur une confirmation jurisprudentielle des avantages consentis à l'UGAP.

B. - UNE DISPENSE DE MISE EN CONCURRENCE CONFORTÉE PAR LA JURISPRUDENCE

Pour tenter de remettre en cause le statut dérogatoire de l'UGAP, ses concurrents avaient le choix entre deux terrains : celui de la légalité administrative (1) et celui du droit de la concurrence (2). Ils les ont empruntés tous les deux parallèlement, avec un inégal bonheur. S'ils l'ont partiellement emporté sur le second, ils ont en revanche échoué sur le premier. Ce faisant, ils n'ont pas atteint le résultat qui comptait sans doute le plus à leurs yeux, à savoir, la condamnation de la dispense de mise en concurrence consentie à l'UGAP.

1. La CAMIF a tout d'abord tenté, dès 1991, d'obtenir l'abrogation du décret du 30 juillet 1985 et de l'article 34 du CMP, cela en soumettant au Premier ministre une demande en ce sens, puis en déférant son refus au Conseil d'État.

Dans un arrêt du 29 juillet 1994 (SA CAMIF : Rec. CE, p. 365 ; CJEG 1996, p. 116, note E.B. B), celui-ci a rejeté le recours dont il était saisi. Il a en effet considéré que les moyens tirés de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence étaient inopérants à l'encontre d'un acte réglementaire ayant pour objet l'organisation du service des achats publics qu'aucune des dispositions contestées n'était par elle-même susceptible de comporter l'un des effets de nature à restreindre ou fausser les échanges entre les états membres de la CEE énumérés aux articles 85 et

86 du traité : et enfin que ces mêmes dispositions s'étaient bornées à organiser au mieux l'approvisionnement des services publics et n'avaient "en tout état de cause, nullement porté atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie". Afin qu'aucune ambiguïté ne subsiste sur ce dernier point, le Conseil d'État précisait qu'il en allait ainsi "nonobstant l'existence d'intermédiaires privés, vendant sur catalogue aux administrations publiques et dont le chiffre d'affaires serait... susceptible d'être affecté par les dispositions en cause".

Pour la Haute juridiction, il ne faisait donc (et il ne fait toujours, nous le verrons) aucun doute que ni l'absence de mise en concurrence de l'UGAP, ni le droit pour elle de recourir largement aux marchés négociés, ne constituent une forme de concurrence illégale faite par l'établissement public aux opérateurs privés.

En définitive, jusqu'à l'arrêt du 27 juillet dernier, les opposants à l'UGAP n'avaient remporté qu'une seule victoire devant la juridiction administrative. Ils avaient obtenu l'annulation d'une circulaire du Premier ministre et d'une instruction du Ministre de l'économie en date des 23 décembre 1985 et 8 janvier 1986 imposant à l'État et à certains de ses établissements publics de faire appel à l'UGAP pour d'autres fournitures et matériels que les véhicules (CE, 19 févr. 1996. Synd. des fabricants de mobiliers de bureaux et d'ateliers, sièges et systèmes d'organisation : Rec. CE, tables p. 677 ; RD imm. 1996. p. 206. obs. F. Llorens et Ph. Temeyre).

Encore faut-il préciser que cette décision n'a été rendue que pour un motif d'incompétence (la mesure litigieuse nécessitant un décret en Conseil d'État) et sans que les autres moyens de la requête, sans doute tirés d'illégalités de fond, soient examinés.

2. On comprend dans ces conditions que la CAMIF ait souhaité tenter sa chance devant d'autres instances et notamment devant le Conseil de la concurrence et la Cour d'appel de Paris. Ses arguments y ont été mieux accueillis, mais sans doute pas à la hauteur de ses espérances.

Dans un arrêt du 13 janvier 1998 (UGAP d CAMIF : JCP G 1998, II, 10217, note S. Grandvilllemin), la Cour d'appel de Paris a certes admis que l'UGAP bénéficiait d'un monopole légal qui lui conférait une position dominante. Conformément à un avis du Conseil de la concurrence du 17 janvier 1996 sur lequel elle se fonde, elle a identifié ce monopole dans le fait que l'UGAP est seule à pouvoir fournir aux acheteurs publics le service spécifique consistant à leur épargner l'organisation d'une mise en concurrence préalable.

Mais, au-delà de cette affirmation de principe, elle a écarté le grief d'abus de position dominante au regard des articles 86 et 90, § 1 du traité en se retranchant derrière la chose jugée par le Conseil d'État dans son arrêt du 29 juillet 1994. Et elle n'a finalement retenu ce même grief au regard de l'ordonnance du 1er décembre 1986 qu'à propos de certaines pratiques bien précises auxquelles elle a enjoint l'UGAP de porter remède (mentions figurant dans ses catalogues et pouvant être interprétées comme visant à décourager les acheteurs publics de recourir aux procédures de mise en concurrence classiques ; fiches annexées aux marchés conclus avec ses propres fournisseurs faisant apparaître les remises consenties par elle-même à ses clients, par tranches de commandes ; stipulation dans les conventions conclues avec les collectivités territoriales de montants prévisionnels minimum d'achats correspondant à une partie importante de la dotation budgétaire de celle-ci pour les fournitures concernées et versement d'avances épuisant le montant de la dépense correspondante qui imposait ainsi, de facto, à ses cocontractants une obligation d'approvisionnement exclusif).

Cet arrêt a sans doute eu le mérite de révéler et sanctionner les altérations du jeu de la concurrence qu'entraînaient les pratiques dénoncées. Mais il n'imposait rien d'autre que leur correction et laissait donc entier le problème soulevé par la dispense de mise en concurrence de l'UGAP. Il faudra attendre l'arrêt qui fait l'objet de ce commentaire pour que cette dispense connaisse un début de remise en cause.

II. - UN STATUT PARTIELLEMENT REMIS EN CAUSE

À l'origine de l'arrêt du 27 juillet 2001, on trouve une nouvelle demande de la CAMIF, tendant, comme la précédente, à l'abrogation du décret du 30 juillet 1985, ainsi que de l'article 34 du CMP alors en vigueur.

Conformément aux conclusions de son Commissaire du gouvernement, Mme Bergeal, le Conseil d'État ne lui oppose pas l'autorité de la chose jugée dans son arrêt de 1994. Il considère, en effet, que l'expiration du délai de transposition de la directive Fournitures 93/36 constitue une circonstance de droit nouvelle, conférant à la requête de la CAMIF un objet distinct de celui de sa précédente demande. C'est du reste sur le fondement de cette seule directive que le Conseil d'État lui donne satisfaction. Il condamne certes le Premier ministre à abroger l'article 25 du décret de 1985 qui dispense l'UGAP de mise en concurrence. Mais, il limite cette obligation aux marchés de seuil communautaire (A) et refuse de l'étendre à ceux qui relèvent du seul droit interne (B).

A. - OBLIGATION DE MISE EN CONCURRENCE DE L'UGAP POUR LES COMMANDES DE SEUIL COMMUNAUTAIRE

Le Conseil d'État considère, dans son arrêt, que la dispense de mise en concurrence dont jouit l'UGAP auprès de ses

clients publics n'est pas conforme à la directive Fournitures 93/36. Désormais, les administrations publiques ne pourront donc plus lui passer librement des commandes d'un montant égal ou supérieur au seuil communautaire. La solution présente une importance pratique indéniable. Elle était cependant rendue prévisible par les récents développements de la jurisprudence communautaire en la matière (1). Son adoption n'a d'ailleurs guère soulevé de difficulté en dépit des arguments que l'UGAP n'a pas manqué d'invoquer pour lui faire échec (2).

1. La directive 93/36 s'applique aux marchés publics de fournitures qu'elle définit, dans son article 1. a), comme des contrats conclus par écrit à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et "un fournisseur (personne physique ou morale)". Contrairement à la directive Services 92/50 du 18 juin 1992, elle ne précise pas que ce fournisseur peut être "un organisme public".

La CJCE est cependant venue combler cette lacune en considérant que le champ d'application de la directive Fournitures s'étend également aux contrats conclus entre deux pouvoirs adjudicateurs (CJCE, 18 nov. 1999, Teckal, aff. C-107/98 : BJCP n° 8/2000, p. 43, concl. G. Cosmas ; Dr. adm. 2000, comm. n° 31). Cette interprétation procède du principe, régulièrement rappelé par la Cour, selon lequel les seules exceptions permises à l'application de la directive 93/36 sont celles qui s'y trouvent limitativement et expressément mentionnées (CJCE, 17 nov. 1993, Comm. c/ Espagne, aff. C-72/92 : Rec. CJCE, I, p. 5923, arrêt rendu en application de la précédente directive Fournitures 77/72). Or, aucune disposition de la directive 93/36 n'exclut de son champ d'application les marchés conclus avec un fournisseur ayant la qualité de pouvoir adjudicateur.

Le nouveau CMP et les textes de droit communautaire les plus récents ont d'ailleurs pris acte de cette solution. La soumission des contrats entre personnes publiques (ou entre pouvoirs adjudicateurs) à la réglementation des marchés publics se trouve ainsi expressément consacrée tant par le nouveau CMP dans son article 1er que par la proposition de directive relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures, de services et de travaux récemment présentés par la Commission (art. 1.4. - V. à son sujet, Contrats Marchés publ. 2001, comm. n° 182 ; et, sur le nouveau champ d'application du Code des marchés publics, F. Llorens et P. Soler-Couteaux : Contrats Marchés publ. 2001, chron. n° 4).

Quoiqu'il en soit de cette évolution, la seule interprétation de la directive Fournitures par la CJCE suffisait à exclure que le statut public de l'UGAP puisse justifier la dispense de mise en concurrence dont elle bénéficie.

2. À cette conclusion, l'UGAP a certes opposé plusieurs arguments. Mais, aucun d'entre eux n'était déterminant.

Le plus vigoureusement défendu, le seul d'ailleurs auquel le Conseil d'État réponde de manière expresse, était relatif au caractère "in house" des marchés conclus entre elle et ses clients publics.

On sait qu'en vertu de l'arrêt "Teckal", dont la formule a été confirmée depuis lors par la CJCE (7 déc. 2000, Arge Gewässerschutz : BJCP n° 15/2001, p. 121, concl. Ph. Léger ; Contrats Marchés publ. 2001, comm. n° 34 et 36, note P. Soler-Couteaux) et reprise à la lettre par le nouveau CMP (art. 3.1), la réglementation des marchés publics ne s'applique pas aux contrats conclus par un pouvoir adjudicateur avec un cocontractant sur lequel il exerce un contrôle comparable à celui qu'il exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour lui à condition que, même si ce cocontractant n'est pas un pouvoir adjudicateur, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés publics.

Dans le cas d'espèce, un simple examen suffisait à montrer que les conditions de cette exception n'étaient pas remplies (sur ces conditions, V. également La Pergola, concl. sur CJCE, 10 nov. 1998, Gemeente Arnhem c/ BFI Holding BV, aff. C-360/96 : BJCP 2/1999, p. 155. - S. Alber, concl. sur CJCE, 9 sept. 1999, RI. San Sri c/ Cne d'Ischia, aff. C-108/98). Ainsi que le rappelle le Conseil d'État, dans son arrêt, l'"UGAP" est un EPIC. À ce titre, il est doté de la personnalité morale et jouit d'une autonomie administrative et financière. À ce titre également, il se trouve soumis, non pas à un contrôle hiérarchique, mais à une simple tutelle de la part de l'État. Ni ce dernier, ni a fortiori les autres clients de l'UGAP, n'exercent donc sur elle un contrôle comparable à ceux qu'ils exercent sur leurs propres services. De surcroît, aucun d'entre eux - et notamment pas l'État, souligne la Haute assemblée - ne représente à lui seul une part essentielle de l'activité de l'UGAP. Les liens unissant celle-ci aux acheteurs publics ne pouvaient donc manifestement pas justifier que la réglementation des marchés publics lui soit déclarée inapplicable.

Il en allait de même d'un autre argument invoqué par l'UGAP et tiré de ce qu'elle est elle-même tenue de respecter cette réglementation pour la passation de ses propres commandes. Outre son caractère pratiquement discutable qui a déjà été relevé, cet argument se heurtait, en effet, à la position très ferme adoptée par la CJCE dans son arrêt "Teckal", selon laquelle la circonstance qu'un fournisseur soit lui-même un pouvoir adjudicateur contraint d'appliquer la réglementation des marchés publics n'affecte en rien l'obligation pour les acheteurs publics qui souhaitent faire appel à ses services de le mettre en concurrence dans les conditions prévues par ladite réglementation (point 45 de l'arrêt).

Restait enfin un dernier argument soutenu par l'UGAP, qui n'a guère retenu le commissaire du gouvernement et encore moins le Conseil d'État. Il était fondé sur l'idée de mandat. Mme Bergeal n'a eu cependant aucune peine à démontrer que le seul fait que les acheteurs publics aient la possibilité et non l'obligation de recourir à l'UGAP ne pouvait suffire à faire

d'elle un mandataire. On pourrait ajouter que, dans les faits, l'UGAP ne paraît pas se comporter en cette simple qualité, mais procède bien à deux opérations distinctes d'achats auprès de ses fournisseurs et de revente à ses clients publics.

Il n'y avait donc guère d'échappatoire possible à la mise en concurrence de l'UGAP pour les commandes de seuil communautaire passées auprès d'elle.

B. - DISPENSE DE MISE EN CONCURRENCE DE L'UGAP POUR LES MARCHÉS INFÉRIEURS AU SEUIL COMMUNAUTAIRE

Comme on l'a déjà dit, le Conseil d'État n'étend cependant pas l'obligation de mise en concurrence de l'UGAP aux marchés relevant du seul droit interne. En ce qui les concerne, la situation antérieure demeure donc inchangée. Pour qu'il en fût autrement, il aurait fallu que le traitement d'exception dont bénéficie l'UGAP soit considéré comme illégal au regard d'autres dispositions que celles de la directive Fournitures. Les arguments en ce sens ne manquaient pas. Le Conseil d'État les écarte pourtant tous, au terme d'une motivation dont la rigueur et le caractère démonstratif (jusqu'à un certain point) (1) ne parviennent cependant pas à convaincre totalement du bien-fondé (2).

1. À rencontre du décret de 1985, la CAMIF invoquait plusieurs moyens tirés respectivement du principe de la liberté du commerce et de l'industrie, de celui d'égal accès aux marchés publics ainsi que du droit de la concurrence tel qu'il résulte de l'article 86 du Traité CE, de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et, plus largement, du principe de libre concurrence.

Le contexte jurisprudentiel paraissait à certains égards lui être plus favorable qu'en 1994, date du premier arrêt du Conseil d'État. On sait, en effet, que depuis lors, la jurisprudence accepte d'appliquer le droit de la concurrence, non seulement aux contrats publics (CE, sect., 3 nov. 1997, Sté Millon et Marais : Rec. CE, p. 406, concl. J.-H. Stahl) mais encore aux dispositions réglementant l'organisation même des services publics (CE, 17 déc. 1997, Ordre des avocats à la Cour de Paris : AJDA 1998, p. 362, concl. J.-D. Combrexelle).

À d'autres égards cependant, l'évolution de la jurisprudence administrative était moins favorable à la requérants. Le rejet de l'ensemble des moyens dont elle se prévalait en apporte la confirmation.

Le raisonnement par lequel le Conseil d'État justifie sa décision peut être résumé ainsi. L'UGAP est investie d'une mission de service public. L'arrêt le relève expressément. Pour lui permettre d'exercer cette mission, le pouvoir réglementaire peut légalement aménager les règles du CMP, c'est-à-dire, en clair, la faire bénéficier de certains avantages par rapport aux entreprises privées et notamment dispenser les acheteurs publics de la mettre en concurrence.

De tels aménagements, qui peuvent donc aller jusqu'à l'octroi d'un droit exclusif, ne sont cependant justifiées que si, d'une part, ils constituent le seul moyen pour l'UGAP d'accomplir la mission qui lui a été confiée et si, d'autre part, ils respectent les principes d'égal accès aux marchés publics et de libre concurrence et ne portent pas une atteinte excessive au développement des échanges.

Les bases du raisonnement étant posées, le Conseil d'État affirme sans plus de précision aucune que la dispense de mise en concurrence accordée à l'UGAP ne méconnaît ni le principe de libre concurrence, ni les exigences de l'égal accès aux marchés publics.

Quant au droit de la concurrence, il ne l'estime pas davantage violé. Sans doute, la dispense de mise en concurrence constitue-t-elle un droit exclusif au sens du traité comme de l'ordonnance de 1986 puisque l'UGAP est seule à en bénéficier. Mais le Conseil d'État estime que l'exploitation d'une position dominante, dont pourrait se rendre coupable l'UGAP et qui est seule répréhensible au regard des textes précités, n'est pas la conséquence directe de ce droit exclusif.

Sur l'un comme sur l'autre point, il maintient donc la position qu'il avait adoptée, quoique de manière moins explicite, dans son arrêt de 1994. Il considère que le statut dérogatoire de l'UGAP n'est pas par lui-même anticoncurrentiel. Il estime que ce statut se justifie toujours par les nécessités du service public.

2. On peut à tout le moins s'interroger sur la pertinence de cette dernière motivation dont la Haute assemblée livre les fondements, mais ne développe guère l'application au cas particulier.

Elle implique, si l'on a bien compris, que le droit exclusif dont bénéficie l'UGAP soit le seul moyen pour elle d'accomplir sa mission. Est-ce bien le cas ? À dire vrai, rien dans l'arrêt du Conseil d'État ne nous en fournit la démonstration et l'on est en droit de se demander si l'UGAP n'exercerait pas son activité, dans des conditions sans doute moins confortables, mais peut-être plus efficaces, si sa mise en concurrence était exigée. Au demeurant, c'est bien là la règle qui s'impose désormais aux acheteurs publics pour leurs commandes de seuil communautaire.

On peut d'ailleurs pousser plus loin le raisonnement. L'UGAP n'est jamais qu'un instrument au service des acheteurs publics. C'est donc l'intérêt des services publics gérés par ces derniers qui devrait prévaloir. Or, est-on vraiment certain que cet intérêt serait moins bien servi si la mise en concurrence de l'UGAP était rendue obligatoire ? Il faut convenir que

rien n'est moins sûr, ce qui rend à tout le moins discutable le moyen fondé sur les nécessités du service public.

La considération des autres justifications que le Conseil d'État donne à sa solution suscite la même réserve.

La Haute juridiction se réfère au principe traditionnel d'égal accès aux marchés publics ainsi qu'au principe plus neuf de libre concurrence que le Conseil constitutionnel a récemment utilisé dans sa décision du 16 janvier 2001 relative à la loi sur l'archéologie préventive (Dec. n° 2000-441 DC, 28 déc. 2000 : Contrats Marchés publ. 2001, comm. n° 59 ; LPA, 12 févr. 2001, n° 30, p. 18, note J.-E. Schoettl). Dans ses conclusions, Mme Bergeal consacre d'intéressants développements au statut (incertain) de ce principe "coincé" entre celui de la liberté du commerce et de l'industrie et celui de la liberté d'entreprendre. La question les méritait incontestablement sur un plan théorique. Mais, sur un plan pratique, seul importe le fait que, pour le Conseil d'État, le statut particulier de l'UGAP ne méconnaît ni ce principe, ni celui d'égal accès aux marchés publics.

Sur ce point, comme sur le précédent, il est permis de s'interroger. Il est clair en effet - et les analyses du Conseil de la concurrence comme de la Cour d'appel de Paris le montrent bien - que la dispense de mise en concurrence confère à l'UGAP un avantage substantiel. Malgré leur réforme récente, les procédures prévues par le CMP demeurent complexes et lourdes à mettre en oeuvre. Elles recèlent de surcroît des risques multiples dont les administrations ne sont que trop heureuses de pouvoir s'affranchir. Comment ne pas considérer, dans ces conditions, que la dispense de mise en concurrence crée en faveur de l'UGAP une discrimination significative et constitue une entrave tout aussi significative au libre jeu de la concurrence ? ...

On pourrait objecter que cette situation n'est discutable qu'en apparence, puisque les opérateurs privés restent libres de se porter candidats aux procédures de mise en concurrence que l'UGAP est tenue d'organiser pour la passation de ses propres commandes. Mais comment ne pas voir que cette possibilité ne leur procure pas les mêmes avantages que s'ils pouvaient directement concurrencer l'UGAP auprès des acheteurs publics et n'est sans doute guère adaptée au mode de fonctionnement des centrales privées d'achats ? ...

On sait, il est vrai, depuis certains arrêts et avis récents, que le principe de libre concurrence, sous quelque forme qu'on l'appréhende, ne fait pas obstacle à ce que les personnes publiques, même dotées d'avantages non négligeables, se portent candidates à des procédures de marchés publics ou de délégations (CE, 16 oct. 2000, Cie méditerranéenne d'exploitation des services d'eau : Contrats Marchés publ. 2000, comm. n° 53 et 54, note P. Soler-Couteaux ; RFD adm. 2001, p. 106, concl. C. Bergeal. - avis. 8 nov. 2000, Sté Jean-Louis Bernard Consultants : Contrats Marchés publ. 2001, comm. n° 8, note P. Soler-Couteaux ; RFD adm. 2001, p. 112, concl. C. Bergeal. - CJCE, 7 déc. 2000, Arge Gewassenschutz. préc., - et, sur la question, G. Eckert. De la candidature des personnes publiques à l'attribution d'un marché public ou d'une DSP : Contrats Marchés publ. 2001. chron. n° 2 et Y. Laidié, La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics : Dr. adm. 2001. chron. n° 8). Il ne fait d'ailleurs guère de doute que l'arrêt commenté procède en grande partie de cette nouvelle conception de la concurrence à la fois plus contraignante pour les personnes publiques qui se voient astreintes aux mêmes obligations que les opérateurs privés, et plus favorable à leurs intérêts puisque leur champ d'intervention s'en trouve étendu. Mais, une chose est de permettre à ces personnes publiques de concourir à l'attribution des contrats publics, une autre chose très différente est de les exempter de toute mise en concurrence. Or, c'est bien à ce dernier résultat qu'aboutit l'arrêt du Conseil d'État. Du moins pour le présent, car le statut qu'il confère à l'UGAP n'est sans doute pas définitivement arrêté.

III. - UN STATUT SUSCEPTIBLE D'ÉVOLUTION

L'arrêt "CAMIF" n'était pas encore rendu qu'une réponse ministérielle datant du 23 juillet 2001 laissait déjà entrevoir une restauration possible des avantages consentis à l'UGAP (Mon. TP 10 août 2001, p. 300) (B). On ne sait si cette volonté exprimée par le ministre de l'économie aboutira. Pour l'heure, c'est plutôt un affaiblissement supplémentaire de ces avantages que devrait entraîner l'arrêt du Conseil d'État (A).

A. - PERSPECTIVE D'UN AFFAIBLISSEMENT DES AVANTAGES CONSENTIS À L'UGAP

Dans son arrêt, le Conseil d'État ne se contente pas de juger que les marchés de seuil communautaire passés auprès de l'UGAP doivent désormais être soumis aux règles de concurrence. Il indique expressément que ce seuil est de 200 000 écus. Si nous avons évité jusqu'à présent d'évoquer cet élément de sa décision, c'est qu'il soulève une difficulté particulière.

Aux termes de la directive 93/36, le seuil d'application de la réglementation communautaire n'est, en effet, fixé à 200 000 écus que pour les marchés passés par les collectivités territoriales et leurs établissements publics. Pour ce qui est des marchés de l'État et de ses établissements publics, il s'établit à 130 000 écus (V. Dir., art. 5 et, pour sa transposition en droit interne, A. 9 févr. 1994 modifié, art. 2.I et CMP, art. 40.III nouveau). On peut donc s'interroger sur les raisons qui ont conduit le Conseil d'État à limiter l'application de la réglementation communautaire aux seules commandes d'un montant égal ou supérieur à 200 000 écus. Ni le Conseil d'État, ni son Commissaire du gouvernement ne fournissent de

réponse à cette question.

D'après le dispositif de l'arrêt commenté, le Premier ministre n'est tenu d'abroger l'article 25 du décret du 30 juillet 1985 qu'en ce qu'il concerne les commandes dont le montant égale ou dépasse 200 000 écus. Mais, s'il se contentait d'adopter cette mesure, les commandes de l'État inférieures à ce seuil, mais supérieures à celui de 130 000 écus, continueraient d'échapper à l'obligation communautaire de mise en concurrence et ne seraient donc toujours pas conformes à la directive Fournitures dont le Conseil d'État a précisément voulu assurer le respect. La solution la plus expédiente et la plus respectueuse, sinon de la lettre, du moins de l'esprit de son arrêt, serait donc que le Premier ministre se conforme purement et simplement aux seuils fixés par la réglementation communautaire et étende l'obligation de mise en concurrence de l'UGAP aux commandes de l'État d'un montant égal ou supérieur à 130 000 écus. Sauf à ce que dans l'intervalle le statut des marchés de l'UGAP ne subisse une nouvelle modification d'origine textuelle qui l'en dispenserait.

B. - PERSPECTIVE D'UNE RESTAURATION DES AVANTAGES CONSENTIS À L'UGAP

Cette perspective fait incontestablement partie des possibilités d'évolution à venir. Il n'est pas interdit de penser, en effet, que le Gouvernement ne se satisfera pas des limites infligées à la liberté de l'UGAP et qu'il cherchera à restaurer celle-ci.

Plusieurs moyens s'offrent a priori à lui. Il pourrait songer, tout d'abord, à aligner le régime des marchés passés par l'UGAP auprès de ses propres fournisseurs sur celui applicable aux autres EPIC de l'État qui sont, comme on le sait, dispensés de mise en concurrence. Mais, cette solution paraît peu concevable. Elle impliquerait, en effet, que toutes les commandes passées auprès de l'UGAP par ses clients publics, sans distinction de montant, soient soumises à la réglementation des marchés publics, à défaut de quoi, certaines d'entre elles (celles inférieures au seuil communautaire en l'occurrence) échapperaient du coup à toute obligation de mise en concurrence.

Une autre possibilité consisterait à faire de l'UGAP un simple mandataire des acheteurs publics. Mais elle compliquerait sans doute à l'excès son fonctionnement. On peut du reste se demander si elle serait bien compatible avec sa fonction de groupement des commandes publiques.

Reste une dernière solution, qui est celle évoquée par la réponse ministérielle précitée. Elle se traduirait par une disposition à insérer dans les directives marchés publics qui statuerait expressément sur le régime applicable aux commandes passées par les acheteurs publics auprès des centrales d'achats. Le ministre de l'économie indique que le Gouvernement français a déposé un amendement en ce sens auprès du Conseil. Il n'en précise cependant pas le contenu.

Dans l'attente de plus amples informations sur cet amendement et de son éventuelle adoption, on en est réduit à tirer le bilan de l'arrêt commenté. Celui-ci ne peut être que mitigé. Au-delà d'une soumission obligée aux normes communautaires, la décision du Conseil d'État révèle, en effet, la force de l'idée de service public et des privilèges qui s'y attachent en même temps que la difficulté qu'il y a à imposer une libre et égale concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés.

[EXTRAITS D'ARRÊT]

o Considérant que la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France (CAMIF) demande l'annulation de la décision implicite par laquelle le Premier ministre a rejeté sa demande du 25 août 1999 tendant à l'abrogation, d'une part, de l'article 34 du Code des marchés publics relatif à la coordination et à la centralisation des commandes et achats publics, d'autre part, du décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 relatif au statut et au fonctionnement de l'union des groupements d'achats publics (UGAP) ;

o Considérant qu'aux termes de l'article 34 du Code des marchés publics : "Les services de l'État et les établissements publics de l'État, quel que soit leur caractère, peuvent demander que leurs achats de matériels soient effectués par l'union des groupements d'achats publics. Les départements, les communes et leurs établissements publics bénéficient de la même possibilité. Les services civils de l'État, même dotés de l'autonomie financière, et les établissements publics de l'État autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial doivent faire appel à l'union des groupements d'achats publics pour leurs achats de véhicules et engins automobiles (...)" ; que, l'article 4 du décret du 30 juillet 1985 fixe la composition du conseil d'administration de l'UGAP en y incluant notamment des représentants de l'État et des collectivités territoriales ; que les articles 20 et 24 du même décret aménagent les dispositions du Code des marchés publics en fixant les règles relatives, respectivement, aux avances forfaitaires pouvant être versées par l'UGAP à ses fournisseurs et aux contrôles spécialisés auxquels sont soumis les marchés publics passés par l'UGAP ; qu'enfin, les dispositions de l'article 25 du décret dispensent d'appel à la concurrence les marchés par lesquels les collectivités achètent des fournitures à l'UGAP ;

Sur les conclusions de la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de

France en tant qu'elles concernent l'article 34 du Code des marchés publics :

- * Considérant qu'aux termes de l'article 2 du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, publié au Journal officiel le 8 mars 2001, portant Code des marchés publics : "Le Code des marchés publics, dans sa rédaction antérieure aux dispositions annexées au présent décret, est abrogé. Cette abrogation prend effet à l'issue du délai prévu au deuxième alinéa de l'article 1er du présent décret" ; qu'aux termes de l'article 1er de ce décret : "Les dispositions annexées au présent décret constituent le Code des marchés publics. Elles entrent en vigueur à l'expiration d'un délai de six mois à compter de la publication du présent décret au Journal officiel de la République française" ; que, du fait de l'abrogation ainsi prononcée de l'article 34 du Code des marchés publics et alors même qu'elle ne prendra effet que de façon différée, les conclusions de la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France tendant à l'annulation de la décision du Premier ministre refusant d'abroger cet article doivent être regardées comme n'ayant plus d'objet ; que, dès lors, il n'y a pas lieu d'y statuer ;

Sur les conclusions de la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France en tant qu'elles concernent le décret du 30 juillet 1985 :

- * Considérant que l'autorité compétente, saisie d'une demande tendant à l'abrogation d'un règlement illégal, est tenu d'y déférer, soit que le règlement ait été illégal dès la date de sa signature, soit que l'illégalité résulte de circonstance de droit ou de fait postérieures à cette date ;
- * Considérant que, le 29 avril 2001, la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France a une première fois demandé au Premier ministre d'abroger le décret visé par la présente requête ; que si, par une décision du 29 juillet 1994, le Conseil d'État statuant au contentieux a rejeté les conclusions de la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France dirigées contre le refus implicite que le Premier ministre avait opposé à cette demande, l'expiration, le 14 janvier 1994, du délai de transposition de la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993, constitue une circonstance de droit nouvelle, postérieure à la décision implicite par laquelle le Premier ministre avait rejeté la précédente requête de la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France ; qu'ainsi, la présente requête n'a pas le même objet que celle qui a donné lieu à la décision du Conseil d'État statuant au contentieux en date du 29 juillet 1994 ; que, par suite, et contrairement à ce que soutient le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, l'autorité de chose jugées qui s'attache à cette décision ne peut lui être opposée ;

Sur le moyen tiré de ce que le maintien en vigueur des dispositions litigieuses serait contraire à la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993 :

- * Considérant que, contrairement à ce que soutient l'UGAP, la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France est recevable à soutenir que le décret attaqué serait contraire à cette directive, alors même qu'elle n'avait pas invoqué ce moyen dans sa demande au Premier ministre tendant à l'abrogation du décret du 30 juillet 1985 ;
- * Considérant qu'en vertu des dispositions de l'article 6 de la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993, lorsqu'un pouvoir adjudicateur envisage de passer un marché public de fournitures avec une entité distincte de lui, ce marché, si son montant hors taxe sur la valeur ajoutée est égal ou supérieur à 200 000 écus, doit faire l'objet de procédures de publicité et de mise en concurrence ;
- * Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que l'UGAP est un établissement public de l'État à caractère industriel et commercial sur lequel n'exerce pas un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services ; qu'en outre, aucun des clients de l'UGAP, et notamment pas l'État, ne représente à lui seul une part essentielle de l'activité de l'UGAP ; qu'ainsi, les dispositions susmentionnées de la directive sont applicables aux marchés que l'UGAP passe avec ses clients, dont elle est une entité distincte ; que, par suite, la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France est fondée à soutenir que les dispositions de l'article 25 du décret litigieux sont contraires à la directive n° 93/36/CEE du 14 juin 1993, en tant qu'elles dispensent d'appel à la concurrence les marchés d'un montant égal ou supérieur à 200 000 écus hors taxe sur la valeur ajoutée, par lesquels un pouvoir adjudicateur achète des fournitures à l'UGAP ;

Sur les moyens tirés de ce que le maintien des dispositions litigieuses serait contraire au droit de la concurrence :

- * Considérant, en premier lieu, qu'il découle tant de l'ordonnance du 1er juillet 1986 que des stipulations du traité ayant institué la communauté économique européenne, notamment de son article 90 (devenu, après modification, l'article 86 CE), que doivent être respectés le principe de libre concurrence et les exigences de l'égal accès aux marchés publics ;
- * Considérant que, pour permettre à l'UGAP de remplir sa mission de service public consistant à centraliser les achats et commandes des personnes publiques et des personnes privées investies d'une mission de

service public dans les meilleures conditions de coût et de qualité, à prodiguer à ces personnes et organismes l'assistance technique dont ils peuvent avoir besoin en matière d'équipement et d'approvisionnement et à apporter son concours à des exportations d'intérêt général, le pouvoir réglementaire peut légalement aménager les règles du Code des marchés publics ; que, toutefois, l'intérêt général qui s'attache au bon accomplissement des missions de l'UGAP ne saurait, sans méconnaître les exigences de l'égal accès aux marchés publics et le principe de libre concurrence, justifier l'octroi de droits exclusifs à l'UGAP que dans la mesure où l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie à cette dernière ne peut être assuré que par l'octroi de tels droits et pour autant que le développement des échanges n'en est pas affecté dans une mesure excessive ;

- * Considérant que les dispositions des articles 4, 20, 24 et 25 du décret litigieux ne sont pas de nature, eu égard à leur portée, à méconnaître le principe de libre concurrence et les exigences de l'égal accès aux marchés publics dès lors que les clients de l'UGAP disposent de la faculté de s'adresser à d'autres fournisseurs, conformément aux dispositions des premier et deuxième alinéas de l'article 34 du Code des marchés publics ;
- * Considérant, en deuxième lieu, qu'aux termes de l'article 86 du traité instituant la communauté économique européenne (devenu article 82 CE) : "Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci" ; qu'aux termes de l'article 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 : "Est prohibée (...) l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise : 1. D'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci (...)";
- * Considérant que la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France soutient que les dispositions de l'article 25 du décret dont l'abrogation est demandée, qui dispensent les collectivités publiques d'appel à la concurrence lorsqu'elles achètent des fournitures de l'UGAP, sont de nature à placer l'UGAP en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante sur le marché pertinent du service, accessoire à la vente de fournitures, consistant à prendre en charge les procédures obligatoires de mise en concurrence ;
- * Considérant qu'en offrant à la seule UGAP des mesures avantageuses d'une telle nature, les dispositions ont accordé à cet organisme un droit exclusif au sens des stipulations précitées du traité instituant la communauté économique européenne et des dispositions précitées de l'ordonnance du 1er juillet 1986 ; qu'elles ont aussi créé à son profit, ainsi que l'a d'ailleurs relevé le conseil de la concurrence dans un avis du 17 janvier 1996, une position dominante sur le marché de la prise en charge des procédures de mise en concurrence ; que le fait de créer une telle position dominante par l'octroi d'un droit exclusif n'est incompatible avec les règles du droit de la concurrence que si l'entreprise en cause est conduite, par le simple exercice du droit exclusif qui lui est conféré, à exploiter sa position dominante de façon abusive ;
- * Considérant qu'en l'espèce, il ne ressort pas des pièces du dossier qu'un tel comportement, sur le marché accessoire en cause, soit la conséquence directe de la mise en oeuvre des dispositions litigieuses ; que par suite, la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des Instituteurs de France n'est pas fondée à soutenir que ces dispositions seraient devenues illégales en tant qu'elles placeraient l'UGAP dans la situation d'abuser automatiquement de sa position dominante ;
- * Considérant, en troisième lieu, qu'en vertu des dispositions de l'article 4 du décret du 30 juillet 1985, le conseil d'administration de l'UGAP comprend notamment des représentants de plusieurs ministères et collectivités territoriales, lesquels sont susceptibles, le cas échéant, d'être des clients de l'UGAP ; qu'alors même que ces dispositions auraient pour effet, comme le soutient la requérante, de procurer à l'UGAP une meilleure connaissance des besoins de ses clients, elles ne seraient constitutives ni d'une entente ni de pratiques concertées au sens des articles 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et 85 du traité instituant la communauté économique européenne (devenu article 81 CE) ;
- * Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la décision du Premier ministre refusant de déférer à la demande de la Coopérative de Consommation des Adhérents de la Mutuelle Assurance des instituteurs de France tendant à l'abrogation du décret du 30 juillet 1985 n'est illégale qu'en tant qu'elle concerne l'article 25 de ce décret pour les marchés d'un montant hors taxe sur la valeur ajoutée égal ou supérieur à 200 000 écus ;

POST-SCRIPTUM

Le commentaire qui précède était sous presse lorsqu'a été publié le décret n° 2001-887 du 28 septembre 2001 modifiant le décret n° 85-801 du 30 juillet 1985 relatif aux statuts et au fonctionnement de l'UGAP (Journal Officiel 29 Septembre 2001. p. 15368).

Ce décret, dont il sera rendu plus complètement compte dans le prochain numéro de cette revue, tire les conséquences de l'arrêt rendu par le Conseil d'État.

À la possibilité de passer commande auprès de l'UGAP sans publicité, ni mise en concurrence qui était reconnue aux acheteurs "publics" par le décret de 1985 et qui se trouvait remis en cause par l'arrêt "CAMIF" pour les marchés de seuil communautaire, il substitue un double mécanisme :

- soit, les clients de l'UGAP constituent avec elle un groupement dont elle assume le rôle de coordonnateur, auquel cas les marchés du groupement sont passés selon les modalités prévues à l'article 8-IV du nouveau CMP, c'est-à-dire dans le respect des dispositions dudit code ;
- soit, ces mêmes clients concluent directement avec l'UGAP des contrats de commande sans passer par la formule du groupement.

Ils bénéficient alors du régime des marchés sans formalités prévu par l'article 28 du nouveau CMP et sont donc dispensés de toute publicité et mise en concurrence pour autant que leurs commandes n'excèdent pas le seuil communautaire de 200 000 EUR HT pour les collectivités locales et leurs établissements publics ou, ce que ne précisait pas le Conseil d'État (voir ci-dessus), de 130 000 EUR HT pour l'État et ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux.

L'UGAP est, quant à elle, soumise au Code des marchés publics pour la passation de ses propres marchés. Le décret du 28 septembre 2001 tente ainsi de concilier le nécessaire respect des règles communautaires avec les possibilités d'adaptation de la réglementation interne des marchés publics que l'arrêt du Conseil d'État justifie par la mission de service public impartie à l'UGAP.

ÉPREUVE N° 10