

## Fiche n° 5

# LES MODES DE GESTION PRIVÉE DU SERVICE PUBLIC

**Document 1** : LACHAUME J.-F. & PAULIAT H., « Après APREI... », in *L'Art et le Droit – Écrits en hommage à Pierre-Laurent Frier*, Paris : Publications de la Sorbonne, 2010, pp. 255-284 (extraits).

**Document 2** : CE 15 février 2016, *Commune des Baux-de-Provence*, n° 344228

**Document 3** : TC 2 mai 2011, *Société Mona Parfums*, n° 3776.

**Document 4** : DAUMAS V., Concl. sous CE 20 octobre 2014, *Association "Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs" (OABA)*, n°365447 (extraits).

**Document 5** : TC 6 juillet 2015, *Union pour la gestion des établissements des caisses d'assurance maladie du Centre (UGECAM) c/ conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Loiret*, n° 4010.

**Document 6** : CE 13 juillet 2012, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres*, n°347073.

**Document 7** : TC, 16 juin 2014, *Sté nationale de la Tour Eiffel c/ Sté Séchaud Bossuyt et autres*, n° 3944

**Document 8** : LEVAIN L. & PRATS-DENOIX M., « Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP E*, 1188, n° 16, 16 avril 2015 (extraits).

**Document 9** : CE, 30 décembre 2002, *Département des Côtes d'Armor*, n° 218110.

### Exercice à préparer:

Service public public et modes de gestion privée : un service privé au service du public ?

**Document 1** : LACHAUME J.-F. & PAULIAT H., « Après APREI... », in *L'Art et le Droit – Écrits en hommage à Pierre-Laurent Frier*, Paris : Publications de la Sorbonne, 2010, pp. 255-284 (extraits).

A supposer qu'il n'existe pas de doute sur la nature privée d'une personne morale et qu'en conséquence elle soit présumée ne gérer que des activités privées, comment renverser cette présomption et identifier dans sa ou ses missions la présence d'un service public ? Éternelle question, souligne Célia Vérot, au seuil de ses conclusions sur l'arrêt APREI11, et il est vrai que, pour un phénomène consacré par un arrêt de 1938 (Caisse primaire « Aide et protection ») et soulevant encore, soixante-dix ans après, des difficultés, il est possible d'évoquer l'éternité, car le temps du droit n'est pas celui du surnaturel. La permanence de la difficulté à identifier une ou plusieurs missions de service public dans l'activité d'une personne privée tient au fait que l'on se trouve presque dans une situation contre nature et les exceptions sont toujours moins faciles à établir ou à cerner que le principe, d'autant que l'on doit trouver des arguments probants pour le faire. A cela, il faut ajouter que la difficulté est accrue par les incertitudes affectant la notion même de service public ; or l'élément révélateur de la notion est justement le rapport direct entre une personne publique et une mission d'intérêt général, et, lorsque ce rapport n'existe pas directement et l'intérêt général n'étant pas à lui seul déterminant (combien d'activités privées essentielles pour l'intérêt général ne constituent pas des services publics!), on en est réduit nécessairement à tâtonner pour

découvrir le service public dans l'activité des personnes privées, dès lors, bien sûr, que la puissance publique – notamment le législateur – est restée volontairement ou non silencieuse sur ce point.

On comprend mieux en conséquence que, dans sa note sous l'arrêt *Narcy*<sup>12</sup>, Marcel Waline ait écrit : « Aussi devons-nous marquer d'une pierre blanche cette journée du 28 juin 1963 où a été lue au Palais-Royal la décision *Narcy* », car, en énumérant les indices permettant de reconnaître à une activité donnée le caractère de service public, le juge a ainsi facilité par là même, dans le silence des textes, la reconnaissance de ce caractère à certaines activités de personnes privées. Or, l'arrêt *Narcy* fait, on le sait, la part belle en la matière, à la mise en œuvre par une personne privée, dans la gestion, sous le contrôle de la puissance publique, d'une mission d'intérêt général, de prérogatives de puissance publique<sup>13</sup>. Et ce sont à ces prérogatives, qui constituent, pour ces personnes privées, une sorte de faux nez des personnes publiques, que, postérieurement à l'arrêt *Narcy*, doctrine et jurisprudence se sont référées pour, dans le silence de la loi, reconnaître à une activité assumée par une personne privée le caractère de service public. Il reste que, si dans le service public il y a « public », ce qui peut renvoyer aux prérogatives de puissance publique, il y a aussi « service », avec ce que cela implique d'obligations et de contraintes pour satisfaire l'intérêt général, et quelquefois en dehors de la détention de toute prérogative de puissance publique. Devait-on alors assister à des missions d'intérêt général très caractérisées assurées par des personnes privées, le caractère de mission de service public ? Une telle question met en évidence les limites de la jurisprudence *Narcy* sur ce point et explique que le Conseil d'État, tout en confirmant sa solution de 1963, ait consacré une approche alternative avec l'arrêt *APREI*.

Comme il existe par ailleurs deux catégories de services publics, les services publics administratifs (SPA) et les services publics industriels et commerciaux (SPIC), on remarque que, depuis l'arrêt *Caisse primaire « Aide et Protection »*, les décisions juridictionnelles recensées sont en principe relatives à la place des missions de SPA dans l'activité des personnes privées et ce sont ces décisions qui alimenteront, pour l'essentiel, les développements qui vont suivre. Il reste que le problème de l'identification d'une mission de SPIC ne constitue par uniquement un cas d'école. La privatisation organique de quelques grands gestionnaires de services publics auxquels un caractère industriel et commercial est reconnu (EDF, France Télécom par exemple), ou serait susceptible de l'être, est de nature, notamment compte tenu des contraintes du droit communautaire, à faire surgir le problème de la distinction, au sein d'activités industrielles et commerciales diverses, entre celles qui relèvent du service public et celles qui n'en relèvent pas. De plus, cette détermination est susceptible d'entraîner d'importantes conséquences procédurales lorsque la gestion d'activités, au sein desquelles se rencontrent des éléments d'intérêt général et un caractère industriel et commercial, est confiée par une personne publique, notamment une collectivité territoriale, à un gestionnaire privé sur le fondement d'un contrat<sup>14</sup>. Si l'activité ainsi dévolue ne présente pas en réalité le caractère d'un service public, la personne publique ne pourra pas utiliser la procédure de la délégation de service public, mais devra, selon les cas, soit conclure une convention domaniale<sup>15</sup>, soit passer un marché public<sup>16</sup>. Si les cocontractants désirent donc ici éviter un contentieux contractuel susceptible de déboucher, à la limite, sur une résiliation de contrat, ne serait-ce qu'au titre de la jurisprudence *Société Tropic Travaux Signalisation*<sup>17</sup>, ils ont tout intérêt à s'assurer que, lorsqu'ils concluent une convention de délégation de service public, elle porte bien sur une mission de service public, éventuellement décelée, dans le silence de la loi, par les éléments fournis par les arrêts *Narcy* et *APREI*, dont certains d'entre eux peuvent figurer dans la convention elle-même. Une difficulté analogue est, d'ailleurs, susceptible d'apparaître si la dévolution contractuelle porte sur un service public qui, une fois identifié, se révèle de nature administrative, puisqu'il est juridiquement possible, sauf pour quelques services publics de souveraineté et pour ceux pour lesquels la loi l'exclut, de recourir à la technique de la délégation contractuelle pour la gestion de SPA.

[...D]ans l'affaire *Commune d'Aix-en-Provence* est en cause une association créée par l'État et les collectivités territoriales locales, dont le juge estime qu'elle gère un service public administratif ; mais, compte tenu de l'objet statutaire de l'association et du contrôle qu'exercent sur elle les collectivités, cette association ne peut être regardée 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. En clair, dans cette hypothèse, et compte tenu en particulier des ressources de l'association, de son objet unique et de l'ampleur du contrôle exercé par les personnes publiques, le juge peut conclure qu'il s'agit d'une association transparente, les liens entre les collectivités et l'association s'analysent donc comme des prestations internes ou *in house*<sup>26</sup>, excluant par là même les procédures de publicité et de mise en concurrence. Le considérant de principe insiste bien sur le fait que, si les collectivités créent, pour gérer un service public, un organisme dont l'objet statutaire est exclusivement la mission de service public, et si le

contrôle exercé sur lui est comparable à celui qu'exercent sur leurs propres services, elles doivent être regardées comme gérant directement ce service public. Mais [...] le Conseil d'État ajoute des précisions par rapport aux critères Nancy et APREI : lorsqu'une personne privée est à l'origine de l'activité, sans rattachement initial à la personne publique, son activité pourra être qualifiée de service public si celle-ci présente un intérêt général, si la personne publique exerce un droit de regard sur son organisation et si elle peut lui accorder des financements. Le parallèle avec Nancy est intéressant ; on retrouve, dans l'affaire Commune d'Aix-en-Provence, plusieurs éléments présents dans la jurisprudence de 1963 : la mission d'intérêt général, bien entendu, et plus précisément l'intensité de cet intérêt général, mais aussi le droit de regard sur l'organisation de l'activité (la jurisprudence Nancy évoquait le droit de regard sur les modalités d'accomplissement de la mission) ; l'élément supplémentaire réside dans l'octroi éventuel de financements, dès lors que les textes ne s'y opposent pas, en particulier pour ne pas courir le risque de fausser le jeu de la concurrence ou pour éviter de tomber sous le coup de la réglementation des aides d'État.

Pour tirer un premier bilan de ces jurisprudences, la présentation peut être la suivante :

- Une collectivité publique crée un service public ; elle peut alors décider de le gérer directement, soit elle-même en régie simple, soit en recourant à une régie autonome ou à une régie dotée de la personnalité morale et de l'autonomie financière ; la collectivité peut également recourir à un organisme dont l'objet exclusif sera de gérer ce service public, et qui se trouvera, par rapport à elle, dans une totale dépendance structurelle ou financière ; dans ce cas, les relations entre la collectivité et l'organisme seront *in house*, l'association se confondant presque avec la collectivité, en tout cas ne disposant par rapport à elle d'aucune autonomie. L'organisme sera considéré comme n'étant pas un opérateur, les liens ne seront donc pas formalisés par un contrat quelconque, aucune obligation de publicité ou de mise en concurrence n'étant prévue ; la collectivité sera toujours considérée comme gérant directement le service en cause. Cette précision permet également de renseigner sur les activités intervenant sur le marché et hors marché.
- La puissance publique a créé un organisme privé pour gérer le service public : le procédé utilisé peut être l'acte unilatéral, la convention de délégation de service public ou même un marché, tout en soulignant d'ailleurs que les différentes solutions jurisprudentielles ne différencient pas ces hypothèses ; pour identifier le service public dans l'activité de la personne privée, il faudra que l'activité présente un intérêt général caractérisé, et que la personne publique lui impose des contrôles ; puis intervient le critère alternatif : soit la personne privée dispose de prérogatives de puissance publique, soit elle se voit imposer des obligations, les conditions de sa création, de son organisation, de son fonctionnement, et certaines mesures prises pour vérifier que l'organisme remplit les objectifs qui lui sont assignés, montrant que la personne publique a entendu ériger l'activité en service public ; donc deux éléments doivent toujours être vérifiés (intérêt général, contrôle), une condition alternative supplémentaire étant requise (prérogatives de puissance publique ou obligations de service public, étant mentionné qu'il ne sera pas toujours facile de distinguer contrôle de la personne publique et obligations de service public, ce que semblait souligner Mme Vérot dans ses conclusions sur APREI<sup>27</sup>, ces obligations pouvant résulter des contraintes spécifiques imposées par la personne publique comme de la nécessité de respecter les grands principes, égalité, continuité, adaptation...).
- La puissance publique n'a pas créé l'activité, elle n'en a pas défini le contenu ; mais l'activité d'une personne privée présente un intérêt général marqué, les ressources de cet organisme dépendent pour partie de la collectivité publique, qui exerce un droit de regard sur l'organisation de la mission ; on retrouve ici les deux éléments (intérêt général et droit de regard), mais de manière plus limitée dans la mesure où, si l'on nous passe l'expression, l'autorité publique prend le train en marche ; elle n'est pas à l'origine de l'activité, elle se contente de lui attribuer après-coup le label de service public. Cette hypothèse n'a pas été un cas d'école : l'article 12 de la loi du 23 février 2005 donne la possibilité aux communes, lorsque l'initiative privée est défaillante ou absente pour assurer la création ou le maintien d'un service nécessaire à la satisfaction des besoins de la population en milieu rural, de confier la responsabilité de le créer ou de le gérer à

une association régie par la loi de 1901. Une partie de la doctrine avait alors souligné que la création d'un service public relève en principe toujours d'une personne publique ; or, la loi innovait en rendant possible la création d'un service public par une association, sous la responsabilité de la commune<sup>28</sup>. En réalité, d'autres exemples existent<sup>29</sup>.

Ces éléments constituent donc désormais une-P ensemble relativement cohérent au regard de la gestion du service public par une personne privée, plus ou moins directement dépendante de la personne publique.

**Document 2** : CE 15 février 2016, *Commune des Baux-de-Provence*, n° 344228

[...] Cons. qu'avant l'entrée en vigueur, le 1er juillet 2006, du code général de la propriété des personnes publiques, l'appartenance d'un bien au domaine public était, sauf si ce bien était directement affecté à l'usage du public, subordonnée à la double condition que le bien ait été affecté au service public et spécialement aménagé en vue du service public auquel il était destiné ;

Cons. qu'il résulte de l'instruction que le site de la carrière des Bringasses et des Grands Fonds a été utilisé en 1970 pour une manifestation culturelle organisée par une association et non par la commune des Baux-de-Provence ; que si la commune a ensuite envisagé d'y organiser des spectacles audio-visuels, comme le montrent une étude menée par une société en 1970 et la signature, en 1971, d'une convention avec la société du festival d'art-et-d'essai des Baux-de-Provence après délibération du conseil municipal, ce projet n'a pas été réalisé ; que l'activité d'animation culturelle et touristique du site n'a débuté qu'à compter de la conclusion de la convention du 15 juin 1976 entre la commune des Baux-de-Provence et la société Cathédrale d'Images ; que si cette convention et les baux du 5 septembre 1989 et du 31 mars 2000 qui lui ont succédé prévoyaient que la commune percevrait une partie des droits d'entrée des spectacles et, à compter de 1989, la mise à disposition de la commune des carrières quelques jours dans l'année, ils ne prévoyaient aucun rôle de la commune dans la programmation et la tarification des activités d'animation ni aucun contrôle ou droit de regard de sa part sur l'organisation et les modalités de fonctionnement de la société ; qu'ainsi, alors même que l'activité de la société, qui contribue à l'animation culturelle et touristique de la commune des Baux-de-Provence, revêtait un caractère d'intérêt général, la commune ne pouvait être regardée ni comme ayant organisé un service public et confié sa gestion à la société ni comme ayant entendu reconnaître un caractère de service public à l'activité de la société ; que, par suite, sans qu'il soit besoin d'examiner les autres moyens de la requête, la société Cathédrale d'Images est fondée à soutenir que c'est à tort que le tribunal administratif de Marseille s'est fondé sur le motif que les carrières des Bringasses et des Hauts Fonds étaient affectées à un service public pour juger qu'elles constituaient une dépendance du domaine public de la commune ; [...]

**Document 3** : TC 2 mai 2011, *Société Mona Parfums*, n° 3776

Cons. que la société Mona Parfums Holding a souscrit auprès de la commune de Perpignan, à compter du 1er octobre 2000, un contrat d'abonnement au système de télésurveillance d'habitations et de commerces mis en place par la commune sur son territoire ; que, par un marché public notifié le 2 août 2006, la commune de Perpignan a confié à la société Centre départemental de télésurveillance sécurité (CDT-Sécurité) le soin d'assurer, à compter du 1er octobre 2006, ce service en ce qui concerne une partie des nuits et le dimanche ; que la société Mona Parfums Holding a recherché devant le tribunal de commerce de Perpignan la responsabilité de la société CDT-Sécurité du fait de négligences commises dans l'accomplissement de sa mission de surveillance lors du déclenchement de l'alarme survenu le 5 février 2007 dans des locaux appartenant à Mona Parfums Holding et couverts par le contrat d'abonnement ; que la société CDT-Sécurité a appelé en garantie Me Clément, liquidateur de la société à laquelle elle avait sous-traité les prestations de surveillance en cause ; que, par un jugement du 24 mars 2009, devenu définitif, le tribunal de commerce de Perpignan a décliné la compétence de la juridiction judiciaire pour connaître de ce litige ; que, saisi à son tour de ces conclusions, le tribunal administratif de Montpellier, par un jugement du 7 mai 2010, a décliné la compétence de la juridiction administrative et saisi le Tribunal en application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 ;

Cons., d'une part, que le service de télésurveillance et de téléassistance exploité par la commune de Perpignan, qui a pour objet la retransmission d'informations dans le but d'assurer la sécurité de locaux privés,

constitue un service public industriel et commercial ; que les liens existant entre les services publics industriels et commerciaux et leurs usagers étant de droit privé, les tribunaux judiciaires sont seuls compétents pour connaître des dommages causés à un usager du service par une personne privée participant, en qualité de titulaire d'un marché public de services, à l'exécution de ce service ;

Cons., d'autre part, que l'action en garantie formée par l'entreprise titulaire d'un marché public contre son sous-traitant, qui trouve son origine dans le contrat de droit privé liant ces deux parties, relève aussi de la compétence de la juridiction judiciaire ;

Cons. qu'il résulte de ce qui précède que la juridiction judiciaire est seule compétente pour connaître du litige qui oppose la société Mona Parfums Holding à la société CDT-Sécurité et celle-ci à Me Clément, en sa qualité de liquidateur de la société Patrouille privée 66 ; [...]

Décide :

*Article 1er* : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant la société Mona Parfums Holding à la société CDT Sécurité et celle-ci à Me Clément, en sa qualité de liquidateur de la société Patrouille privée 66.

*Article 2* : Le jugement du tribunal de commerce de Perpignan en date du 24 mars 2009 est déclaré nul et non avenue. La cause et les parties sont renvoyées devant ce tribunal.

*Article 3* : La procédure suivie devant le tribunal administratif de Montpellier est déclarée nulle et non avenue, à l'exception du jugement du 7 mai 2010.

**Document 4** : DAUMAS V., Concl. sous CE 20 octobre 2014, *Association "Œuvre d'assistance aux bêtes d'abattoirs" (OABA)*, n° 365447.

[...L]a juridiction administrative est-elle compétente pour connaître d'une décision d'un organisme certificateur refusant le retrait de la mention « AB » ? [...]

3.1. Nous proposerons de répondre par l'affirmative à la première question, dès lors que la décision en litige nous paraît manifester la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique exercée pour les besoins d'une mission de service public. Rappelons que, selon votre jurisprudence, 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 (CE section, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n° 264541, au Recueil).

3.1.1. Les organismes certificateurs peuvent être des personnes privées, nous l'avons dit – ainsi Ecocert France est constitué sous forme de société par actions simplifiée. Il ne fait aucun doute que ces organismes assurent une mission d'intérêt général, puisqu'ils contribuent à la réalisation des objectifs de la politique conduite dans le domaine de la qualité et de l'origine des produits agricoles, forestiers ou alimentaires et des produits de la mer, qui sont énumérés à l'article L. 640-1 du CRPM, et plus particulièrement à ceux mentionnés dans les considérants du règlement du Conseil du 28 juin 2007 relatif à la production biologique. Il est également certain que ces organismes sont contrôlés par l'administration puisque l'INAO les agréé, les évalue, réalise toute vérification utile et, surtout, approuve leurs plans de contrôle.

3.1.2. La vérification du troisième critère utilisé par votre jurisprudence pour identifier la mission de service public est un peu moins évidente. Le pouvoir de délivrer, refuser, maintenir ou retirer le bénéfice de la mention « AB » constitue-t-il une prérogative de puissance publique ? La question est inédite dans votre jurisprudence mais il nous semble que oui.

Vous avez déjà jugé que procèdent de l'exercice de prérogatives de puissance publique la délivrance de l'accréditation permettant la réalisation d'examens de biologie médicale (CE 23 décembre 2010, *Conseil national de l'ordre des médecins et syndicat national des médecins biologistes*, n° 337396, aux tables du Recueil pp. 969-988) ou celle des certificats de navigabilité des aéronefs civils (CE 23 mars 1983, *SA Bureau Véritas et autre*, n° 33803, au Recueil p. 824). Toutefois, et cela marque une différence par rapport à ces précédents, la mention « AB » n'est pas, à strictement parler, une condition mise à l'exercice d'une activité.

Vous jugez par ailleurs, en matière de certification, que l'association française de normalisation (Afnor) exerce une prérogative de puissance publique lorsqu'elle homologue des normes, qui peuvent être rendues obligatoires et faire l'objet d'une sanction de conformité par l'apposition de la marque NF, de même que lorsqu'elle approuve les caractères que doit présenter un produit pour lequel est demandé l'usage de cette marque (CE 8 mars 2002, SARL Plettac échafaudages, n° 210043, aux tables du Recueil p. 625-657). En revanche, ce n'était pas le cas lorsque l'Afnor se bornait à enregistrer une norme, dès lors que cette procédure d'enregistrement ne permettait ni de rendre la norme obligatoire ni d'en sanctionner la conformité (CE 17 février 1992, Société Textron, n° 73230, au Recueil p. 66) ; de même, vous jugez que l'établissement, par un organisme certificateur agréé, d'un référentiel pour l'attribution d'une certification ne relève pas d'une prérogative de puissance publique, dès lors que la norme ainsi définie ne s'applique qu'aux opérateurs économiques sollicitant leur certification et que sa méconnaissance ne peut avoir d'autre sanction que le retrait de la certification (CE 24 mars 1999, Association pour la gestion du patrimoine immobilier, n° 189478, aux tables du Recueil pp. 688-703).

Le cas de l'espèce nous paraît se situer au confluent de ces deux courants de jurisprudence. En matière d'agriculture biologique, les organismes certificateurs se bornent à attribuer et contrôler une certification qui n'est pas obligatoire et la seule sanction du non-respect des règles relatives à cette certification est son retrait pour les produits concernés – ou, en cas d'infraction grave ou prolongée, l'interdiction faite à l'opérateur de prétendre à cette certification pendant un certain temps. Toutefois, si la mention « AB » ne conditionne pas l'exercice même d'une activité économique, elle donne accès à des segments de marché particuliers. Surtout, les conditions mises à la délivrance de cette mention ne sont pas définies par l'organisme certificateur. Elles le sont entièrement par la puissance publique. En outre, pour reprendre les termes mêmes de la loi, l'organisme certificateur agit « pour le compte ou sous l'autorité de l'INAO », établissement public administratif de l'État chargé, aux termes de l'article L. 642-5 du CRPM, de la mise en œuvre des dispositions relatives aux signes d'identification de la qualité et de l'origine. La mention « AB » est donc une certification définie et contrôlée par la puissance publique, dont les organismes certificateurs sont de simples instruments. Nous pensons, par conséquent, que la délivrance de la mention « AB », le contrôle du respect des obligations qui en sont la contrepartie et l'adoption de mesures tirant les conséquences de leur méconnaissance, susceptibles d'aller jusqu'à des sanctions, manifestent l'exercice de prérogatives de puissance publique.[...]

**Document 5 :** TC 6 juillet 2015, *Union pour la gestion des établissements des caisses d'assurance maladie du Centre (UGECAM) c/ conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Loiret*, n° 4010.

Cons. qu'aux termes des neuvième et dixième alinéas de l'article L. 4321-10 du code de la santé publique, dans leur rédaction issue de la loi du 21 juillet 2009 portant réforme de l'hôpital et relative aux patients, à la santé et aux territoires : " (...) L'ordre national des masseurs-kinésithérapeutes a un droit d'accès aux listes nominatives des masseurs-kinésithérapeutes employés par les structures publiques et privées et peut en obtenir copie. / Ces listes nominatives sont notamment utilisées pour procéder, dans des conditions fixées par décret, à l'inscription automatique des masseurs-kinésithérapeutes au tableau tenu par l'ordre. / (...) " ; Cons. que l'Union pour la gestion des établissements des caisses d'assurance-maladie (UGECAM) du Centre exerce une activité de soins de suite et de réadaptation au sein du centre de réadaptation fonctionnelle Le Coteau, lequel figure sur la liste annexée au décret du 24 décembre 1987 relatif aux établissements privés à but non lucratif admis à participer à l'exécution du service public hospitalier ; que le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Loiret a demandé à ce centre de lui communiquer, en application des dispositions de l'article L. 4321-10 du code de la santé publique, la liste des masseurs-kinésithérapeutes qu'il emploie ; qu'en l'absence de réponse, il a saisi le tribunal administratif d'Orléans d'une demande tendant à l'annulation de cette décision implicite de refus ; que l'UGECAM du Centre et le centre de réadaptation fonctionnelle Le Coteau se sont pourvus en cassation contre le jugement du 31 janvier 2013 par lequel le tribunal administratif d'Orléans a annulé la décision implicite de refus et enjoint au centre de communiquer au conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Loiret la liste des masseurs-kinésithérapeutes qu'il emploie, dans le délai d'un mois suivant la notification du jugement ; que par un arrêt du 16 février 2015, le Conseil d'État a renvoyé au Tribunal, par application de l'article 35 du décret du 26 octobre 1849, alors en vigueur, le soin de décider sur la

question de la compétence ;

Cons. que le refus de communication de la liste nominative des masseurs-kinésithérapeutes qu'il emploie, opposé par un établissement de santé privé chargé d'une mission de service public au conseil départemental de l'ordre, ne manifeste pas l'exercice d'une prérogative de puissance publique ; qu'il en résulte que l'action introduite par le conseil départemental de l'ordre des masseurs-kinésithérapeutes du Loiret relève de la compétence de la juridiction judiciaire ;

Cons. qu'il n'y pas lieu, dans les circonstances de l'espèce, de faire droit aux conclusions présentées par les parties au titre des dispositions de l'article 75-I de la loi du 10 juillet 1991 ; [Juridiction judiciaire compétente.]

**Document 6** : CE 13 juillet 2012, *Communauté de communes d'Erdre et Gesvres*, n°347073

1. Cons. que les trois requêtes sont dirigées contre le même décret du 29 décembre 2010 approuvant la convention passée entre l'État et la société concessionnaire Aéroports du Grand Ouest pour la concession des aérodromes de Notre-Dame-des-Landes, Nantes-Atlantique et Saint-Nazaire-Montoir, le cahier des charges annexé à la convention et la même décision de signer cette convention ; qu'il y a lieu de les joindre pour statuer par une seule décision ;

*Sur la régularité des signatures :*

2. Cons. que le secrétaire d'État chargé des transports était compétent pour signer la concession en application des dispositions des articles 1er et 3 du décret du 8 décembre 2010 relatif à ses attributions ; que s'agissant du décret portant approbation de la convention, le Premier ministre a produit une ampliation comportant sa signature et celles des ministres concernés ;

*Sur la procédure de publicité et de mise en concurrence :*

3. Cons., en premier lieu, que conformément à l'article 1er du décret du 24 mars 1993 portant application de l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relatif à la publicité des délégations de service public, l'avis d'appel public à la concurrence a été publié au Bulletin officiel des annonces de marchés publics et dans la revue spécialisée « Air et Cosmos », avec les informations requises par le décret du 24 mars 1993 en ce qui concerne les caractéristiques essentielles de la délégation de service public ; que les critères de sélection des candidats ont été clairement énoncés ; que manque en fait le moyen tiré de ce que l'avis d'appel public à concurrence ne ferait pas état du versement d'une subvention au concessionnaire ;

4. Cons., en deuxième lieu, que la circonstance que la procédure de publication des avis d'appel public à concurrence a été annulée pour être entièrement reprise, donnant lieu à la publication d'un rectificatif dans les revues nationales et au Journal officiel de l'Union européenne, n'a été susceptible ni de dissuader des candidats de présenter leur candidature, ni de les induire en erreur dans la présentation de leurs offres ; que cette succession de publications n'est pas, en tant que telle, constitutive d'un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ; qu'elle a d'ailleurs été mise en œuvre précisément pour assurer le plein respect de ces règles ;

5. Cons., en troisième lieu, que le cahier des charges mis à la disposition des candidats, indiquant, en son annexe 16, les tarifs des redevances à l'entrée en vigueur de la concession et, en son annexe 17, leur évolution prévisible, compte tenu du cadre réglementaire, lequel détermine les évolutions des redevances, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que les candidats n'ont pas obtenu communication des conditions de tarification du service rendu à l'usager en application de l'article 38 de 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 ; que pour le même motif, le moyen tiré de ce que les critères de calcul des redevances aéroportuaires ne seraient pas définis ne peut qu'être écarté ;

6. Cons., en quatrième lieu, qu'une commission consultative a été créée dans le cadre de la procédure d'appel d'offres par le décret du 9 mars 2009 portant création d'une commission consultative dans le cadre de la procédure d'appel d'offres de la concession des aéroports de Nantes-Atlantique, Saint-Nazaire-Montoir et Notre-Dame-des-Landes ; que la communauté de communes n'apporte aucun élément permettant d'apprécier le bien-

fondé de son moyen tiré de ce que la consultation de cette commission aurait été irrégulière ; qu'au surplus, le ministre produit l'avis de convocation et justifie de la régularité de la convocation, de la composition de la commission et du respect du quorum ;

7. Cons., en cinquième lieu, que la circonstance que les documents de la consultation ne feraient pas état de l'amortissement des aéroports actuels inclus dans le périmètre de la concession ni de l'éventuel passif de leur bilan n'a pas empêché les candidats de présenter utilement leurs offres et ne constitue pas un manquement aux règles de publicité et de mise en concurrence ;

*Sur les autres moyens de procédure :*

8. Cons., en premier lieu, qu'il ne peut être soutenu que la conclusion de la concession n'aurait pas été précédée de la décision de créer l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, la signature de la concession révélant nécessairement l'existence de cette décision ; que le conseil supérieur de l'infrastructure et de la navigation aériennes, dont la consultation était alors prévue par l'article D. 211-2 du code de l'aviation civile, étant composé exclusivement de représentants des services de l'État, l'absence de sa consultation n'a pas exercé d'influence sur la décision prise par l'État ou privé les intéressés d'une garantie ; que le moyen tiré de ce que le défaut de consultation de ce conseil aurait entaché d'illégalité le décret doit donc être écarté ;

9. Cons., en deuxième lieu, que les requérants ne peuvent utilement invoquer une méconnaissance du I de l'article 28 de la loi du 13 août 2004 relative aux libertés et responsabilités locales, ces dispositions ayant été abrogées sans être reprises, avant l'intervention du décret attaqué, par l'ordonnance du 28 octobre 2010 relative à la partie législative du code des transports ;

*Sur les moyens relatifs à l'illégalité des clauses de la convention :*

10. Cons., en premier lieu, que le moyen tiré de ce que l'augmentation des redevances des aéroports de Nantes-Atlantique et de Saint-Nazaire-Montoir prévue par la concession méconnaît les dispositions de l'article R. 224-3 du code de l'aviation civile est inopérant, dès lors que la concession ne fixe que le cadre général de détermination des tarifs, sur la base duquel ceux-ci seront ensuite établis dans le respect des modalités prévues par cet article R. 224-3 ; que de même, est inopérant le moyen tiré de la méconnaissance du II de l'article R. 224-2-1 du même code relatif à l'élaboration d'une étude d'impact de l'évolution des tarifs compte tenu de dépenses futures de construction, dès lors que s'agissant des aéroports existants, ne sont pas en cause d'éventuelles dépenses futures de construction ;

11. Cons., en deuxième lieu, qu'en tout état de cause, si l'article 4D du cahier des charges autorise une certaine variation de la date de mise en service de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, dans des limites qu'il définit, la mise en service de cet aéroport n'est pas conditionnelle, contrairement aux allégations des requérants ;

12. Cons., en troisième lieu, que l'allégation très générale, non assortie de précisions, selon laquelle n'ont pas été prises en compte la subvention d'investissement accordée au délégataire ni les recettes provenant de l'exploitation des aéroports, ne permet pas d'apprécier le bien-fondé du moyen tiré de ce que la durée de la concession serait excessive compte tenu de l'ensemble des données économiques figurant au dossier et sur lesquelles l'État s'est fondé pour fixer cette durée ;

13. Cons., en quatrième lieu, que si l'article 59 du cahier des charges permet à l'État d'imposer en cours d'exécution la réalisation de nouveaux investissements, il ne pourra avoir pour effet de permettre une modification substantielle des éléments essentiels de la concession et en particulier de l'objet du contrat ;

14. Cons., en cinquième lieu, que le moyen tiré de ce que les redevances perçues sur les usagers de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes seraient irrégulières est inopérant, la concession ne comportant en la matière que des prévisions qui ne lient pas le concessionnaire ;

15. Cons., enfin, que les requérants ne peuvent utilement invoquer un « principe d'équilibre financier du contrat de concession » ; que l'exécution de la concession se fait d'ailleurs aux frais et risques du concessionnaire ;



*Sur le moyen tiré du défaut de notification de la subvention prévue par la concession :*

**16.** Cons. qu'aux termes de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « 1. *Sauf dérogations prévues par les traités, sont incompatibles avec le marché intérieur, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions. (...)* » ; que selon le paragraphe 3 de l'article 108 du même traité : « *La Commission est informée, en temps utile pour présenter ses observations, des projets tendant à instituer ou à modifier des aides. Si elle estime qu'un projet n'est pas compatible avec le marché intérieur, aux termes de l'article 107, elle ouvre sans délai la procédure prévue au paragraphe précédent. L'État membre intéressé ne peut mettre à exécution les mesures projetées, avant que cette procédure ait abouti à une décision finale.* » ; que l'article R. 223-2 du code de l'aviation civile dispose : « (...) *Les concessions qui portent dérogation au cahier des charges type sont accordées par décret en Conseil d'État pris sur le rapport du ministre chargé de l'aviation civile, du ministre chargé de l'économie et des finances et du ministre chargé de la défense lorsqu'il est affectataire principal (...)* » ;

**17.** Cons. que le III de l'article 67 du cahier des charges de la concession stipule : « *Le concessionnaire perçoit les subventions allouées en vue de la construction de l'aérodrome de Notre-Dame-des-Landes ou pour l'exercice des missions prévues par le présent cahier des charges (...)* » ; que l'annexe 13 de la concession prévoit le versement d'une subvention de l'État dans l'attente de l'application d'une convention de financement conclue entre le concessionnaire et les collectivités territoriales contributrices ; que la convention de financement signée le 3 décembre 2010 entre l'État et les collectivités territoriales, à laquelle renvoie l'annexe 13, prévoit le versement d'une subvention d'aide à la construction de Notre-Dame-des-Landes de 165 millions d'euros, dont 90 millions d'euros à la charge de l'État et 75 millions à la charge des collectivités territoriales ;

**18.** Cons. que la décision de signer la concession ne pouvant la faire entrer en vigueur tant que le décret en Conseil d'État prévu par l'article R. 223-2 du code de l'aviation civile n'était pas adopté, l'État n'était pas tenu, en tout état de cause, de notifier un projet d'aide d'État qu'aurait comporté la concession préalablement à sa signature ; que le moyen tiré de ce que l'aide d'État n'a pas été notifiée à la Commission en violation de l'article 108 du traité, s'il est opérant à l'encontre du décret portant approbation de la convention, ne peut donc être utilement invoqué à l'encontre de la décision de signer la concession ;

**19.** Cons. qu'il résulte des stipulations des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne que, s'il ressortit à la compétence exclusive de la Commission de décider, sous le contrôle de la Cour de justice de l'Union européenne, si une aide de la nature de celles visées par l'article 107 du traité est ou non, compte tenu des dérogations prévues par le traité, compatible avec le marché commun, il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sanctionner, le cas échéant, l'invalidité des dispositions de droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation, qu'impose aux États membres la dernière phrase du paragraphe 3 de l'article 108 du traité, d'en notifier à la Commission, préalablement à toute mise à exécution, le projet ; que l'exercice de ce contrôle implique, notamment, de rechercher si les dispositions contestées ont institué des aides d'État au sens de l'article 107 du traité ;

**20.** Cons. que par un arrêt du 24 juillet 2003 *Altmark Trans GmbH (C-280/00)*, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que des subventions représentant la contrepartie des prestations effectuées par des entreprises pour exécuter des obligations de service public ne constituaient pas des aides d'État, à condition de remplir les quatre conditions cumulatives suivantes : premièrement, l'entreprise bénéficiaire a effectivement été chargée de l'exécution d'obligations de service public et ces obligations ont été clairement définies ; deuxièmement, les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation ont été préalablement établis de façon objective et transparente, afin d'éviter qu'elle comporte un avantage économique susceptible de favoriser l'entreprise bénéficiaire par rapport à des entreprises concurrentes ; troisièmement, la compensation ne dépasse pas ce qui est nécessaire pour couvrir tout ou partie des coûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public, en tenant compte des recettes qui y sont relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable ; quatrièmement, lorsque le choix de l'entreprise chargée de l'exécution d'obligations de service public n'est pas effectué dans le cadre d'une procédure de marché public au sens des conventions soumises aux règles communautaires de publicité et de mise en concurrence, permettant de sélectionner le candidat capable de fournir ces services au moindre coût pour la collectivité, le niveau de la compensation nécessaire a été déterminé

sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée afin de pouvoir satisfaire aux exigences de service public requises, aurait encourus pour exécuter ces obligations, en tenant compte des recettes qui y sont relatives ainsi que d'un bénéfice raisonnable pour l'exécution de ces obligations ;

21. Cons., en premier lieu, que la subvention est accordée au moyen de ressources publiques pour la réalisation d'un ouvrage reconnu d'utilité publique par décret du 9 février 2008, à raison de ses externalités positives sur l'économie et son environnement ; que les recours dirigés contre cette reconnaissance d'utilité publique ont été rejetés par décisions du Conseil d'État statuant au contentieux du 31 juillet 2009 (nos 314955, 314956, 315022 et 315170) et du 27 janvier 2010 (nos 319241 et 319244) ; qu'aucun investisseur avisé en économie de marché ne pourrait assumer la construction de cet ouvrage en se finançant uniquement par son exploitation sur longue durée, sans obtenir un complément de fonds publics seul à même de lui permettre de bénéficier d'une rentabilité normale pour le secteur d'activité, sous condition d'atteindre les prévisions d'exploitation ; qu'ainsi, la subvention ayant pour objet de compenser le coût de la construction imposée par les pouvoirs publics à raison d'externalités positives que l'exploitant ne pourra valoriser, la première des conditions posées par la jurisprudence de la Cour de justice tenant en la compensation d'obligations de service public clairement définies doit être regardée comme satisfaite ;

22. Cons., en deuxième lieu, que le montant de la subvention accordée à la société Aéroports du Grand Ouest a été déterminé dans le cadre d'une procédure transparente de publicité et de mise en concurrence en vue de la passation d'une délégation de service public, dont les documents de consultation indiquaient qu'il constituerait un des critères de sélection ; que les candidats à la délégation ont pu disposer de toutes les informations requises, notamment des projections sur le nombre de passagers, pour déterminer, sur la base de données objectives, le niveau de subvention sur lequel ils pouvaient prendre le risque de s'engager afin d'atteindre un niveau de rentabilité satisfaisant sur la durée de la concession, dans l'hypothèse où les prévisions d'exploitation seraient atteintes ;

23. Cons., en troisième lieu, qu'il ressort des pièces du dossier que le taux de rentabilité interne que la subvention accordée à la société Aéroports du Grand Ouest permet d'atteindre, au cas où les perspectives de trafic et de résultats d'exploitation se réalisent, est de 13,42 % ; que ce taux correspond à la moyenne basse des taux de rentabilité observés pour des concessions de ce type ; que le cahier des charges prévoit en outre une clause de reversement à l'État au cas où l'excédent brut d'exploitation dépasserait les prévisions ; que la subvention ne dépasse donc pas ce qui est nécessaire pour permettre à l'entreprise d'atteindre un niveau de rentabilité considéré comme raisonnable pour les entreprises du secteur concerné ;

24. Cons., enfin et en tout état de cause, que la procédure de passation d'une délégation de service public définie par les articles 38 et suivants de 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 permet la mise en concurrence, dans des conditions transparentes, des offres de plusieurs entreprises en fonction de critères de sélection préalablement définis ; qu'en l'espèce, le montant de la subvention demandée était l'un des critères de sélection et il n'est pas contesté que trois offres recevables ont été présentées et que la société retenue est celle qui avait demandé la subvention la moins importante ; que la procédure mise en œuvre a donc permis de sélectionner le candidat capable de réaliser l'infrastructure au moindre coût pour la collectivité ;

25. Cons. qu'il résulte de ce qui précède que la subvention accordée n'est pas une aide d'État au sens de l'article 107 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

*Sur le choix du délégataire :*

26. Cons. que le moyen tiré de ce que le choix du délégataire serait entaché d'une erreur manifeste d'appréciation n'est assorti d'aucune précision permettant d'en apprécier le bien-fondé ;

27. Cons. qu'il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de statuer sur les fins de non-recevoir, que les requêtes présentées par la communauté de communes d'Erdre et Gesvres, l'association Les Verts des Pays-de-la-Loire et autres et l'association ACIPA et autres doivent être rejetées ; [...] Rejet.

**Document 7 :** TC, 16 juin 2014, *Sté nationale de la Tour Eiffel c/ Sté Séchaud Bossuyt et autres*, n° 3944

Cons. que, par une convention du 25 mai 1981, la ville de Paris a confié pour une durée de vingt-cinq ans, du 1er janvier 1981 au 31 décembre 2005, l'exploitation et l'entretien de la Tour Eiffel, dont elle est propriétaire, à la Société nouvelle d'exploitation de la Tour Eiffel (la SNTE) ; que, par trois contrats, conclus en 2000 et 2001, la SNTE a chargé la société Séchaud-Bossuyt, aux droits de laquelle vient la société Gronmitj, en qualité de maître d'œuvre, la société Clemessy, en qualité d'entreprise générale, et la société Socotec, en qualité de contrôleur technique, du remplacement des rails des ascenseurs des piliers Nord et Ouest ; qu'après réception prononcée sans réserve le 3 avril 2002, des désordres sont apparus en novembre 2005 ; que, par convention de délégation de service public du 16 décembre 2005, la ville de Paris a confié à la Société d'exploitation de la Tour Eiffel (la SETE) la gestion et l'exploitation de la Tour Eiffel pour une durée de dix ans ; que la SETE, ayant fait remplacer les rails des piliers Nord et Ouest en 2006 et 2008, a recherché la responsabilité des trois constructeurs et l'indemnisation de ses préjudices ; qu'elle les a assignés à cette fin, ainsi que la société Allianz IARD, leur assureur de responsabilité décennale, devant le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris qui, par ordonnance du 17 juin 2009, a, entre autres dispositions et de manière irrévocable, décliné sa compétence pour connaître des demandes formées contre les sociétés Séchaud-Bossuyt, Clemessy et Socotec ; que le tribunal administratif de Paris, saisi par requêtes des 27 décembre 2010 et 29 mai 2012, estimant que l'action intentée par la SETE contre les trois constructeurs relevait de la compétence du juge judiciaire, a renvoyé au Tribunal le soin de décider sur la question de la compétence ;

Cons. que lorsqu'une personne privée, chargée par une personne publique d'exploiter un ouvrage public, conclut avec d'autres entreprises un contrat en vue de la réalisation de travaux sur cet ouvrage, elle ne peut être regardée, en l'absence de conditions particulières, comme agissant pour le compte de la personne publique propriétaire de l'ouvrage ;

Cons. qu'en application de la convention du 25 mai 1981, la SNTE, qui accomplissait librement les actes d'exploitation et d'administration nécessaires à la mission qui lui avait été confiée, définissait les travaux de gros entretien et de renouvellement usuel des installations, dont relevait le remplacement des rails des ascenseurs, et en assurait l'exécution ; que le contrôle exercé par la ville de Paris sur la programmation de ces travaux n'excédait pas le pouvoir que conserve le propriétaire de l'ouvrage public afin d'en assurer le respect de l'intégrité et de la destination par son cocontractant ; que les travaux étaient financés par les produits de l'exploitation de la Tour Eiffel par le biais de provisions constituées à cette fin et non par des subventions directes de la ville de Paris ;

Cons. que, dans ces conditions, la SNTE ne peut être regardée comme ayant agi pour le compte de la personne publique ; que le litige opposant la SETE aux sociétés Gronmitj, Clemessy et Socotec ressortit en conséquence à la compétence des juridictions judiciaires ;

**D E C I D E :**

Article 1er : La juridiction de l'ordre judiciaire est compétente pour connaître du litige opposant la Société d'exploitation de la Tour Eiffel aux sociétés Gronmitj, Clemessy et Socotec.

Article 2 : L'ordonnance du juge des référés du tribunal de grande instance de Paris du 17 juin 2009 est déclarée nulle et non avenue. La cause et les parties sont renvoyées devant ce tribunal. [...]

**Document 8 :**

LEVAIN L. & PRATS-DENOIX M., « Les relations in house à l'aune des nouvelles directives européennes », *JCP Entreprises et affaires*, 1188, n°16, 16 avril 2015 (extraits).

1. - Dans l'arrêt *Teckal* du 18 novembre 1991, la Cour de justice de l'Union européenne a défini la notion de relation *in house* permettant aux pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices d'attribuer des contrats à l'organisme *in house* qu'ils contrôlent, sans faire application des règles de publicité et de mise en concurrence imposées par les directives. La Cour a jugé qu'une telle dérogation au droit de la commande publique était justifiée « dans 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 réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent ».

Le caractère public ou privé de l'organisme sous contrôle était alors indifférent, seuls le degré de contrôle et le champ d'activité de l'organisme contrôlé importaient<sup>2</sup>. Dans son arrêt *Stadt Halle* du 11 janvier 2005, la Cour de justice a toutefois introduit un critère organique<sup>3</sup>. Elle juge que la détention par une personne privée d'une partie du capital de l'organisme contrôlé fait obstacle à ce que ce dernier revendique le statut d'organisme intégré dans une relation *in house* avec le pouvoir adjudicateur (cette dimension organique est aujourd'hui inscrite dans les directives ; elle a cependant été assouplie).

À la suite des jurisprudences *Teckal* et *Stadt Halle* qui ont posé les principes de base d'une relation *in house* verticale qui peut aujourd'hui être qualifiée de « classique », la Cour de justice, relayée par les juridictions nationales, a précisé et étendu la notion de relation *in house* permettant aux pouvoirs adjudicateurs de se soustraire aux règles de mise en concurrence préalablement à l'attribution de contrats aux organismes qu'ils contrôlent. La Cour a ainsi défini, en sus du *in house* vertical, le *in house* conjoint et la coopération public-public.

2. - Les nouvelles directives, publiées le 28 mars 2014, consacrent désormais l'exception de relation *in house* dans des termes identiques, à l'article 12 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, à l'article 28 de la directive 2014/25/UE du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et à l'article 17 de la directive 2014/23/UE du 26 février 2014 sur l'attribution des contrats de concession<sup>4</sup>.

Le 31<sup>e</sup> considérant de la directive 2014/24/UE fait état d'« une importante insécurité juridique quant à la question de savoir dans quelle mesure les règles sur la passation des marchés publics devraient s'appliquer aux marchés conclus entre entités appartenant au secteur public. La jurisprudence applicable de la Cour de justice de l'Union européenne fait l'objet d'interprétations divergentes entre États membres et même entre pouvoirs adjudicateurs. Il est dès lors nécessaire de préciser dans quels cas les marchés conclus au sein du secteur public ne sont pas soumis à l'application des règles relatives à la passation des marchés publics ».

C'est donc avec l'ambition de mettre un terme à l'insécurité juridique qui a pu résulter de la jurisprudence de la Cour que le législateur européen est venu préciser, non sans quelques assouplissements, ladite jurisprudence. [...]

## **Les nouvelles formes de relation *in house* créées par les directives**

### **A. - *In house* vertical indirect**

18. - Dans le cadre d'une relation *in house* verticale « classique » ou d'une relation *in house* conjointe, les directives étendent le critère du contrôle analogue en disposant que ce critère est satisfait même en cas de contrôle indirect. L'article 12, § 1 de la directive 2014/24/UE précise en effet que le critère du contrôle analogue est satisfait lorsque le contrôle « est exercé par une autre personne morale, qui est elle-même contrôlée de la même manière par le pouvoir adjudicateur ».

Dans son arrêt *Carbotermo* précité, la Cour de justice avait jugé que la relation *in house* indirecte ne permettait pas de satisfaire le critère du contrôle analogue. Dans cette affaire, une commune avait conclu un marché de fournitures avec une entreprise entièrement détenue par une société holding, elle-même détenue à 99,98 % par la commune adjudicatrice et à 0,02 % par d'autres communes. Le contrôle de la commune sur la société adjudicataire s'exerçait par l'intermédiaire de la société holding. La Cour a jugé que « l'intervention d'un tel intermédiaire peut, selon les circonstances du cas d'espèce, affaiblir le contrôle éventuellement exercé par le pouvoir adjudicateur sur une société par actions du simple fait de participer à son capital ». La Cour avait conclu que la commune n'exerçait pas sur la société adjudicataire un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services.

Désormais, un pouvoir adjudicateur peut passer un contrat sans mise en concurrence non seulement avec une société qu'il contrôle, mais encore avec une société contrôlée par une société qu'il contrôle (par exemple une filiale). La Cour de justice devra interpréter si le législateur a entendu poser une limite à ce mécanisme, ce que la directive ne précise pas clairement. En l'absence d'une telle limite, on pourrait imaginer que le contrôle analogue est caractérisé lorsqu'un marché est attribué à une société filiale d'une société filiale de la société directement

contrôlée par le pouvoir adjudicateur. La Cour pourrait juger qu'un trop grand nombre d'intermédiaires étiole le contrôle du pouvoir adjudicateur, qui n'exerce alors plus sur l'attributaire du marché un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services.

### **B. - In house ascendant**

19. - Le législateur européen a créé la relation « *in house* ascendante » ou encore « verticale inversée ». Dans cette hypothèse, déjà envisagée en 2011 par la Commission européenne<sup>32</sup>, l'attribution d'un marché au pouvoir adjudicateur contrôleur par l'organisme contrôlé n'est pas soumise aux règles de concurrence. L'article 12, § 2 de la directive 2014/24/UE est ainsi rédigé : « *Le paragraphe premier [in house vertical classique] s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché au pouvoir adjudicateur qui la contrôle* ».

La relation *in house* ascendante se rencontrera, par exemple, dans les groupes de sociétés ayant la qualité de pouvoir adjudicateur au sens de l'ordonnance n° 2005-649 du 6 juin 2005. Les sociétés du groupe pourront désormais passer des contrats de management avec la société holding qui les contrôle, sans avoir à procéder à une mise en concurrence. La relation *in house* ascendante pourra encore se rencontrer lorsqu'une commune confie à un établissement public de coopération intercommunale la gestion d'un service public insusceptible de s'inscrire dans une coopération public-public, notamment parce que le service public en question ne profiterait pas aux communes voisines.

Dans le silence des directives, le Cour de justice devra interpréter s'il est possible, par exemple, de cumuler « *in house* ascendant » et « *in house* indirect », autrement dit : si la filiale de l'organisme contrôlé pourra attribuer un marché sans mise en concurrence au pouvoir adjudicateur qui contrôle la société mère. De même, la Cour devra préciser si le « *in house* ascendant » est compatible avec le « *in house* conjoint ». Une partie de la doctrine plaide déjà pour ce dernier rapprochement, un « *in house* ascendant » exclusif d'un « *in house* conjoint » contreviendrait « *au développement de la mutualisation qu'entendent favoriser (ou à tout le moins ne pas entraver) les nouvelles directives* »<sup>33</sup>.

### **C. - In house horizontal**

20. - Dans le cadre d'une relation *in house* horizontale, une personne morale contrôlée peut attribuer librement un marché à une autre personne morale lorsque celle-ci est également contrôlée par le même pouvoir adjudicateur. Cette relation *in house* était également envisagée en 2011 par la Commission européenne qui s'interrogeait sur la possibilité d'attribuer des contrats sans mise en concurrence entre « deux entités sœurs »<sup>34</sup>.

21. - Dans un arrêt *Techniciste Universität Hamburg-Harburg* du 8 mai 2014<sup>35</sup>, le juge de Luxembourg était saisi d'une question préjudicielle portant sur l'existence d'une relation *in house* horizontale. En l'espèce, l'université Polytechnique de Hamburg était placée sous le contrôle de l'état fédéré de la ville de Hamburg qui exerçait un contrôle de légalité et d'opportunité limité aux acquisitions de l'université, cette dernière étant constitutionnellement autonome en matière d'enseignement et de recherche. L'université a attribué un marché informatique à une société de droit privé ayant pour objet social d'assister les établissements publics d'enseignement supérieur dans leur mission, dont le capital est détenu à raison d'un tiers par la République fédérale d'Allemagne et de deux-tiers par les seize Länder allemands dont 4,16 % par l'État de la ville de Hamburg (qui toutefois ne dispose pas de représentant à son conseil de surveillance).

La Cour n'a pas confirmé l'existence d'une relation *in house* horizontale entre l'université et la société de droit privé. La Cour a jugé que le critère du contrôle analogue faisait en l'espèce défaut, non parce que l'existence d'un contrôle *in house* horizontal résulterait d'une interprétation trop extensive de la jurisprudence, mais parce que le critère du contrôle analogue vertical entre l'État de la ville de Hamburg et l'université n'était pas rempli, dès lors que le contrôle exercé par l'État de la ville de Hamburg ne s'étendait qu'à une partie de l'activité de l'université : les acquisitions, à l'exclusion de l'enseignement et de la recherche pour lesquels l'université dispose d'une large autonomie.

22. - L'article 12, § 2 de la directive 2014/24/UE consacre désormais l'existence de la relation *in house* horizontale : « *le paragraphe 1 [in house vertical classique] s'applique également lorsqu'une personne morale contrôlée qui est un pouvoir adjudicateur attribue un marché (...) à une autre personne morale contrôlée par le même pouvoir adjudicateur* ». Dans ce cadre, le critère tiré de ce que 80 % de l'activité de l'organisme contrôlé

doit être exercé pour le compte du pouvoir adjudicateur qui le contrôle, est également satisfait lorsque les activités de l'organisme contrôlé sont exercées pour le compte d'autres personnes morales contrôlées par le(s) même(s) pouvoir(s) adjudicateur(s).

Si dans ses conclusions relatives à l'arrêt *Technische Universität Hamburg-Harburg*, l'avocat général Paolo Mengozzi avait considéré que la relation *in house* horizontale était incompatible avec l'exercice d'un contrôle conjoint, la directive semble indiquer le contraire<sup>36</sup>. Espérons que la Cour, là encore, interprétera rapidement la volonté du législateur.

*Une personne morale contrôlée peut attribuer librement un marché à une autre personne morale lorsque celle-ci est également contrôlée par le même pouvoir adjudicateur.*

### **Conclusion**

**23.** - Le législateur européen a inscrit dans les textes des directives la jurisprudence sur la relation *in house* : 80 % de l'activité de l'organisme contrôlé doit être exercé pour le compte du pouvoir adjudicateur qui le contrôle ; la présence de capitaux privés au sein de l'organisme contrôlé est permise si ces derniers ne confèrent pas à la personne privée une capacité de blocage ; une même personne peut représenter plusieurs pouvoirs adjudicateurs dans les organes décisionnels de l'organisme conjointement contrôlé.

Les nouvelles directives prévoient également de nouvelles formes de relations *in house* : la relation *in house* verticale directe, ascendante et horizontale.

Si les directives précisent certains champs de la relation *in house*, elles en ouvrent d'autres, multipliant les dérogations aux règles d'attribution des contrats après mise en concurrence. Ce faisant, il n'est pas certain que les directives aient complètement satisfait l'ambition du législateur de pallier l'insécurité juridique qui résultait alors d'interprétations divergentes de la jurisprudence de la Cour.

La définition de la relation *in house* dans les directives ne devrait pas mettre un terme aux nombreuses décisions qui, depuis l'arrêt *Teckal*, sont venues définir son champ d'application. Au contraire, l'extension par le législateur du champ de la relation *in house* devrait conduire le juge de Luxembourg à enrichir sa jurisprudence, afin notamment de préciser comment les multiples dérogations aux règles de mise en concurrence prévues par les directives doivent s'articuler entre elles.

### **Document 9 : CE, 30 décembre 2002, Département des Côtes d'Armor, n° 218110**

Cons. que le jugement du tribunal administratif de Rennes a été notifié au préfet des Côtes-d'Armor le 7 février 1996 et que la requête d'appel du préfet, transmise par télécopie, a été enregistrée le 5 avril 1996 au greffe de la cour administrative d'appel ; que c'est par suite à bon droit que la cour a écarté le moyen tiré de la tardiveté de cet appel ;

Cons. que le département ne s'est prévalu dans aucun de ses mémoires, ni en première instance, ni en appel, de l'application des dispositions du II de l'article 104 du code des marchés publics à l'avenant litigieux du 16 mai 1995 ; que dès lors le moyen tiré de ce que la cour administrative d'appel n'aurait pas répondu à ce moyen doit être écarté ;

Cons. qu'aux termes de l'article 5-I de la loi du 7 juillet 1983, relative aux sociétés d'économie mixtes locales, reprise à l'article L. 1523-2 du code général des collectivités territoriales : « Lorsqu'il ne s'agit pas de prestations de services, les rapports entre les collectivités territoriales, leurs groupements ou une autre personne publique, d'une part, et les sociétés d'économie mixtes locales, d'autre part, sont définis par une convention qui prévoit à peine de nullité : 1° L'objet du contrat (...) ; 2° Les conditions de rachat, de résiliation ou de déchéance (...) ; 3° Les obligations de chacune des parties et, le cas échéant, le montant de leur participation financière (...) ; 4° Les modalités de rémunération de la société ou de calcul du coût de son intervention (...) / ; 5° Les pénalités applicables en cas de défaillance de la société ou de mauvaise exécution du contrat » ; qu'il résulte des termes mêmes de ces dispositions, et sans qu'il y ait lieu de se référer aux travaux préparatoires de la loi invoqués par le requérant pour lever une difficulté d'interprétation, qu'elles n'ont pas eu pour objet de soustraire à l'application des règles régissant le code des marchés publics, les contrats par lesquels une collectivité territoriale confie à une

société d'économie mixte locale l'exécution de prestations de services ; qu'ainsi, la cour a, à bon droit, jugé que l'avenant à la convention du 12 juillet 1985 passé le 16 mai 1995 entre le DEPARTEMENT DES COTES D'ARMOR et la société d'économie mixte d'informatique et de gestion des Côtes-d'Armor, pour un montant de plus d'un million de francs toutes taxes comprises, qui portait sur l'exécution de prestations de services, était soumis au code des marchés publics ;

Cons. qu'il résulte de ce qui précède que le DEPARTEMENT DES COTES D'ARMOR n'est pas fondé à demander l'annulation de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Nantes du 8 décembre 1999 ; [...] Rejet.