

## Les personnes publiques françaises prises en compte par le droit communautaire

349. Le critère organique est au cœur des difficultés de conciliation entre les définitions internes et communautaires des « marchés publics ». Le droit français est marqué par une certaine stabilité, voire « résistance », puisqu'il n'a pas modifié le champ d'application du Code des marchés publics depuis sa création, même lors des refontes de celui-ci. Pourtant, on ne peut pas dire que la situation interne soit inchangée puisque le droit communautaire a malgré cela étendu l'application du droit – et non plus du code – des marchés publics à certaines personnes publiques qui n'y étaient pas soumises. C'est par exemple le cas pour les GIP ou les établissements publics industriels et commerciaux nationaux dont la situation est réglée par d'autres textes.

La définition communautaire de *marchés publics* a en effet étendu le champ d'application organique du droit des marchés publics à travers les notions de « *pouvoirs adjudicateurs* » et, dans une moindre mesure, d'« *entités adjudicatrices* » (§ 1<sup>er</sup>). Face à cette contrainte le poussant à évoluer, le droit français a opposé une résistance farouche en ne modifiant aucunement le champ d'application de son Code des marchés publics, mais il a effectué dans des textes spécifique une transposition scrupuleuse des directives (§ 2<sup>e</sup>).

### § 1<sup>er</sup> : Les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice

350. Organiquement, les directives communautaires sur les marchés publics s'appliquent aux « *pouvoirs adjudicateurs* » et « *entités adjudicatrices* ». Nul besoin de rappeler ce que la doctrine unanime appelle le pragmatisme, le réalisme ou le caractère fonctionnel des notions de droit communautaire, qualificatifs qui s'appliquent spécialement à ces notions

---

<sup>175</sup> Cf. *infra*. Le C) Les groupements de commande, dernier paragraphe de ce chapitre.

de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices. Si la directive sur les marchés publics de travaux de 1971 ne visait comme pouvoirs adjudicateurs que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs<sup>176</sup>, les directives postérieures, et jusqu'aux plus récentes, ont une approche bien plus large qui vise à recouvrir toutes les manifestations de la puissance publique, voire plus prosaïquement de l'argent public<sup>177</sup>.

Les directives communautaires « secteurs classiques », les 92/50, 93/36, 93/37 et 97/52<sup>178</sup> mais aussi la directive 2004/18 qui les unifie<sup>179</sup> présentent toutes le même champ d'application organique : les « pouvoirs adjudicateurs »<sup>180</sup>. La définition unique de cette notion se compose de deux éléments<sup>181</sup> : le premier correspond aux entités que nous qualifierons de « *pouvoirs adjudicateurs par nature* » (A), le second définissant les « *organismes de droit public* », c'est-à-dire ceux des pouvoirs adjudicateurs qui ne le sont pas par nature, mais en considération de critères additionnels (B). À cela il faut ajouter le cas des « associations » de collectivités publiques ou d'organismes de droit public qui sont, elles aussi, qualifiées de pouvoirs adjudicateurs (C) ainsi que les autres personnes visées par les directives « secteurs spéciaux » et qui s'ajoutent aux pouvoirs adjudicateurs pour la qualification d'entités adjudicatrices (D)<sup>182</sup>.

<sup>176</sup> Ce qui excluait les EPIC des collectivités locales, pourtant inclus dans le Code des marchés publics français.

<sup>177</sup> Nous utilisons l'expression « argent public » et non celle de « deniers publics » à la suite des réflexions à ce sujet de Vinh NGUYEN QUOC, « L'argent public et le droit des contrats », *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, *Economica*, 1996, pp. 292-313, spé. p. 296.

<sup>178</sup> Les directives du Conseil 92/50/CEE du 18 juin 1992 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services* (JOCE L. 209 du 24 juillet 1992 p. 1), 93/36/CEE du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures* (JOCE L. 199 du 9 août 1993 p. 1), et 93/37/CEE du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* (JOCE L. 199 du 9 août 1993 p. 54) ont été ensuite modifiés par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil (JOCE L. 328 du 28 novembre 1997 p. 1).

<sup>179</sup> Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L. 134 du 30 avril 2004

<sup>180</sup> Les entités adjudicatrices, critère organique des directives 93/38 et 2004/17 « secteurs spéciaux », regroupent les mêmes personnes que les pouvoirs adjudicateurs, ainsi que d'autres personnes vues au point D). Cf. *Infra*. Nous considérerons pour la suite de ce paragraphe que parler des seconds inclura les premières.

<sup>181</sup> Article 1<sup>er</sup> point 9 de la directive 2004/18 (anciens articles 1<sup>er</sup> point b) des autres directives) : « *sont considérés comme « pouvoirs adjudicateurs », l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public. On entend par « organisme de droit public » tout organisme : - créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et - doté de la personnalité juridique et - dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.* » Les directives prévoient ensuite des listes non exhaustives et révisables des pouvoirs adjudicateurs en annexe (annexe II de la 2004/18 notamment).

<sup>182</sup> Il faut encore ajouter le cas issu de dispositions particulières de la directive 2004/18 dans lequel, sans être *stricto sensu* qualifiés de pouvoirs adjudicateurs, les marchés des concessionnaires dont la valeur dépasse les 6 242 000 € (article 63-1<sup>o</sup> de la directive 2004/18, qui reprend en ajoutant le seuil les dispositions de l'article 3-4<sup>o</sup> de la directive 93/37) et les marchés des personnes subventionnées à plus de cinquante pour cent par des pouvoirs adjudicateurs (dans les conditions de l'article 8 de la directive

## A) les personnes publiques, pouvoirs adjudicateurs par nature

**351.** Pour les personnes publiques que nous avons qualifiées de « pouvoirs adjudicateurs par nature », les directives distinguent l'État et les collectivités territoriales. Si formellement on ne peut que noter la parfaite similitude avec les personnes visées par le Code des marchés publics, au fond, on peut se poser la question de l'analogie entre les notions internes et communautaires.

En ce qui concerne l'État, les doctrines communautaires et universitaires se retrouvent pour juger de l'approche à la fois large et fonctionnelle qu'il convient de retenir. Les trois *guides sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics* qui précisaient les trois anciennes directives<sup>183</sup> apportaient à ce sujet des éclairages intéressants si on les combine tous les trois. La position de la commission est fondée sur l'arrêt *Beentjes*<sup>184</sup> de la Cour de justice qui a apporté une vision extensive de la notion d'État dans le cadre de la directive Travaux 71/305/CEE. Cet arrêt a en effet considéré que devait être assimilé à l'État, et par conséquent qualifié de pouvoir adjudicateur, une commission locale de remembrement aux Pays-Bas.

Cette jurisprudence a été interprétée par deux des trois *guides*, ainsi que par une grande partie de la doctrine française comme devant comprendre dans la notion d'État d'autres entités. L'État doit, en droit communautaire et aux termes de l'arrêt, « *recevoir une interprétation fonctionnelle[...] un organisme [...] doit être considéré comme relevant de l'État [...] même s'il n'en fait pas formellement partie* ». Cette interprétation fonctionnelle oblige à analyser toutes les entités en considération du « moyen d'action » qu'il représente pour l'État ; si l'entité en cause est effectivement un moyen d'action, elle est assimilée à l'État pour l'application du droit communautaire. Afin de savoir si une entité a cette qualité, l'arrêt *Beentjes* nous indique les indices à prendre en compte, à savoir le fondement légal de l'existence et du régime de l'entité, la nomination des membres de l'entité par les pouvoirs publics, la garantie des obligations découlant de ses actes et le financement des marchés publics qu'il est chargé d'adjudger<sup>185</sup>.

**352.** Si l'on retrouve dans cette approche des similitudes flagrantes avec la position interne, par exemple l'assimilation à l'État des organes de l'État exerçant les

---

2004/18, article qui reprend partiellement en le précisant l'article 2-1<sup>o</sup> se la directive 93/37) sont soumis à des procédures de passation.

<sup>183</sup> Les *guides sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics* sont des documents communautaires d'analyse et d'explication de chacune des directives 92/50, 93/36 et 93/37, au même titre que les instructions d'application prises par le Ministère de l'économie et des finances pour les Codes des marchés publics. Ces guides n'ont officiellement « *pas de valeur juridique et ne reflètent pas nécessairement la position officielle de la commission* ». Ils ont cependant une valeur doctrinale indéniable, la phrase ci-dessus reproduite et mise en exergue des *Guides* ne visant qu'à éviter que la commission ne soit liée juridiquement.

<sup>184</sup> CJCE Aff. 31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. c/ Pays-Bas*, rec. 1988, p. 4635.

<sup>185</sup> Cf. considérant 12 de l'arrêt.

pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaire<sup>186</sup>, on ne peut que constater qu'elle apparaît aussi comme bien plus large dans certains hypothèses – c'est notamment le cas d'arrêts qui assimilent les états fédérés ou les collectivités locales<sup>187</sup> à la notion d'État.

Il nous semble qu'à deux égards, cette vision par trop élargie est non seulement inadaptée, mais qu'elle est, de surcroît, fausse en droit des marchés publics. Inadaptée et fausse, elle l'est en considération des directives « marchés publics » mêmes. Si l'on assimile les collectivités locales à l'État, pourquoi l'article 1b) les inclut-il expressément dans les pouvoirs adjudicateurs ? Cette précision apparaîtrait comme surabondante. Plus encore, les indices que pose l'arrêt *Beentjes* pour qualifier « d'État » l'organisme de remembrement apparaissent eux aussi comme partiellement redondants avec la notion d'« organisme de droit public »<sup>188</sup> qui est aussi utilisée pour qualifier une entité de « pouvoir adjudicateur ».

**353.** Comment alors retrouver une cohérence, non seulement à l'intérieur de la notion d'État en droit communautaire, mais aussi entre les notions internes et européennes ? La solution se trouve vraisemblablement dans une réinterprétation de l'arrêt *Beentjes*<sup>189</sup>. Les tenants d'une interprétation large de cet arrêt, ceux qui l'analysent comme une extension de la notion d'État à un grand nombre d'autres entités, oublient l'une des caractéristiques essentielles de l'organisme de remembrement en cause dans l'espèce : son *absence de personnalité morale*. Or c'est bien cette caractéristique qui est au cœur du problème. Si on l'oublie, on en vient à qualifier d'« État » des entités qui ont *déjà* une personnalité morale. Or c'est exactement ce qu'a fait la Cour de justice lorsqu'elle a étonnamment qualifié d'« État » des collectivités locales dans l'arrêt précité. Les critères de l'arrêt *Beentjes* avaient pour objectif de rechercher si l'on pouvait rattacher à la personnalité morale de l'État cette entité qui n'en avait pas. Ils ne cherchaient pas à redéfinir l'État lui-même. L'absence de conséquence juridique de cette confusion – puisque collectivité locale ou État, l'entité est de toute façon pouvoir adjudicateur – n'empêche pas que l'on s'élève contre l'incohérence théorique de la situation.

Si l'on accepte de n'étendre la notion d'État, dans les conditions de l'arrêt *Beentjes*, qu'aux seules entités sans personnalité juridique, la cohérence globale de la notion de pouvoir adjudicateur est retrouvée. Ainsi, les assemblées parlementaires comme les Autorités administratives et indépendantes resteront assimilées à l'État pour la passation

<sup>186</sup> On fait ici référence aux arrêts CJCE 17 septembre 1998 *Commission c/ Royaume de Belgique* aff. C-323/96, rec. 1998 p. I-5063 pour les organes qui exercent les trois pouvoirs et les organes des entités fédérées d'un État fédéral.

<sup>187</sup> Pour les États fédérés CJCE 17 septembre 1998 *Commission c/ Royaume de Belgique* aff. C-323/96, rec. 1998 p. I-5063 précité et, pour les collectivités locales, CJCE du 18 juin 1985 *Steinhauser c/ Ville de Biarritz* Aff. 197/84 rec. p. 1819 (arrêt sur la nécessité pour une commune de respecter les dispositions sur la non discrimination du Traité de Rome).

<sup>188</sup> Cf. *infra*. Toutefois, si cette remarque est valable pour l'analyse des directives par les *Guides*, elle ne saurait s'appliquer à l'arrêt *Beentjes* qui a été pris le 20 septembre 1988 sur le fondement de la directive 71/305 du Conseil et non sur celui de la directive 93/37, c'est-à-dire à une époque où la notion d'organisme de droit public n'existait pas.

<sup>189</sup> La solution peut être implicitement trouvée dans le *guide [...] des marchés* spécial à la directive « fournitures », même si elle n'est pas étendue dans ce texte aux autres marchés et si la doctrine ne l'a pas reprise.

de leurs marchés publics. À l'inverse, les collectivités locales ou les établissements publics qui remplissaient les conditions de l'arrêt *Beentjes*, tout en étant respectivement des pouvoirs adjudicateurs par nature et des organismes de droit public du fait de leurs propres personnalités morales, conserveront leurs qualifications initiales, sans avoir à recourir inutilement à la personnalité de « l'État »<sup>190</sup>.

**354.** Aux vues de ces différences, on peut conclure que le droit communautaire développe en réalité *deux notions d'État distinctes*. La première a pour vocation de considérer l'État dans sa globalité, y compris ses démembrements – issus de la déconcentration, de la décentralisation ou du fédéralisme – ; la seconde est réservée aux marchés publics, et plus exactement à la notion de pouvoir adjudicateur<sup>191</sup>. Il s'agit alors de considérer l'État comme la personne morale de droit public qu'il est aussi en droit interne<sup>192</sup>, distincte de ses démembrements, mais incluant des entités sans personnalité juridique qui ne peuvent être rattachées aux collectivités décentralisées ou fédérées.

On a donc, dans ces limites, la même notion juridique d'État en droit interne et en droit communautaire pour la qualification de pouvoir adjudicateur, la seule différence qui pourrait apparaître entre les deux serait l'inclusion dans la notion d'État d'une entité sans personnalité morale créée par une seule collectivité locale (par exemple une association non reconnue créée par une commune), mais cette question n'est jamais encore parvenue au contentieux<sup>193</sup>.

<sup>190</sup> Cette position est d'ailleurs validée par la jurisprudence communautaire. En effet, l'arrêt CJCE du 18 juin 1985 *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, Aff. 197/84 rec. p. 1819 qui assimile les collectivités locales à l'État précise bien que cette assimilation vaut « pour l'application du Traité », ce qui laisse entendre que ce n'est pas forcément le cas pour l'application du droit dérivé. Il semble par conséquent possible de dire que l'arrêt *Beentjes* n'assimile pas les collectivités locales à l'État dans le cadre des marchés publics. Il ne vaut que pour les entités *sans personnalité juridique*.

<sup>191</sup> En effet, même en droit des marchés publics, la CJCE a parfois recours à la notion large d'État, notamment lorsqu'il s'agit de faire respecter la liberté du marché intérieur. Ainsi, dans un arrêt CJCE 28 mars 1996, *Commission c/ RFA*, Aff. C-318/94 rec. 1996 p. I-1949 dans lequel la Cour refuse l'utilisation par l'Allemagne de la procédure d'urgence (et donc l'absence de publicité communautaire) parce que le retard qui pouvait le fonder était dû à une commission interne qui s'était prononcée au dernier moment lors d'un premier appel d'offres abandonné. Le retard n'était donc pas dû à un « événement imprévisible » comme le voulait la directive. La CJCE considère dans ce cas que le pouvoir adjudicateur et la commission font partie de la même entité « État » au sens large. Cf. les conclusions ELMER point 26.

<sup>192</sup> Remarquons d'ailleurs que la première directive fourniture de 1976 fait référence justement à la notion de personne morale de droit public. Directive du Conseil 77/62/CEE, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JOCE 1977, L. 13, p. 1), article 1, point b) « sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs l'État, les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public ou, dans les États membres qui ne connaissent pas cette notion, les entités équivalentes, énumérées à l'annexe 1 »

<sup>193</sup> La question serait alors de savoir si le droit communautaire assimilerait cette entité à la personnalité morale de la collectivité locale qui l'a créée ou à celle de l'État. Les arrêts existants ne portant pas sur la qualification de pouvoir adjudicateur ne sont pas probants. C'est le cas par exemple de l'arrêt CJCE 22/09/1988 *Commission des communautés européennes c/ Irlande*, Aff. 45-87, rec. 1988 p. 4929 qui rattache à l'État un marché public passé pour le réseau de distribution d'eau par le district de Dundalk mais qui est un arrêt en « manquement » - et qui utilise donc une notion large d'État - et non un arrêt sur la qualification de pouvoir adjudicateur. Sur l'analyse de l'absence de personnalité morale des « associations » de collectivités publiques, cf. *infra* C.

## B) Les personnes publiques « organismes de droit public »

**355.** La notion d'organisme de droit public est certainement une des plus représentatives de l'approche fonctionnelle de la notion de pouvoir adjudicateur. Elle ne regroupe pas seulement des personnes morales de droit public<sup>194</sup>, mais également un grand nombre des établissements publics, administratifs et même industriels et commerciaux.

Trois critères sont posés par les directives pour reconnaître un organisme de droit public, la complexité restant de mise puisque le troisième ouvre lui-même une triple possibilité<sup>195</sup>. Notons que la Cour de justice a insisté sur le caractère cumulatif de ces conditions<sup>196</sup>. Le premier critère est matériel puisqu'il impose que l'organisme soit « *créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial* » ; le deuxième est quasi-organique puisque l'organisme doit avoir la personnalité morale ; le dernier étant à la fois matériel et fonctionnel dans la mesure où il regroupe trois cas « d'influence » publique sur les entités en cause, influence susceptible de les faire rentrer dans la « sphère » publique.

### ***1) Le critère de la création « pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial »***

**356.** Le moins que l'on puisse dire est qu'encore une fois le droit communautaire essaye de se rapprocher des qualifications juridiques internes. Comment en effet ne pas penser d'une part à la question du service public à voir l'utilisation du vocable « *intérêt général* », et d'autre part à celle de la différence entre les SPIC et les SPA ou les EPIC et les EPA en voyant apposés les termes industriel et commercial.

**357.** L'utilisation du vocabulaire français pour « traduire » des notions de droit communautaire – au contenu pourtant différent – est un instrument d'assimilation du droit communautaire dans les droits internes qui n'a pas fait l'objet d'études particulières. Pourtant, elle montre en notre matière une particulière efficacité. Une partie de la complexité des « marchés publics » vient par exemple de l'utilisation de cette qualification aussi bien en droit interne qu'en droit communautaire, alors qu'il ne s'agit pas des mêmes notions juridiques. Cela contraint de droit interne à modifier sa notion, sauf, du fait de l'obligation de transposition, à réduire la lisibilité de son droit. La situation est comparable pour les « *besoins d'intérêt général autres qu'industriel et commercial* ». En effet, l'annexe de la

<sup>194</sup> Pour une analyse des organismes de droit publics - personnes privées, cf. *infra* Section 2

<sup>195</sup> Sur cette question, cf. J.-Y. CHÉROT, « Les organismes de droit public dans les directives "marchés publics". La notion de "besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial". », *BJCP*, n° 4 pp 322-327.

<sup>196</sup> CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strobhal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, rec. 1 p. 73 concl. Ph. LÉGER, *CJEG* 1998 p. 239 note Ch. BRÉCHON-MOULÈNES et L. RICHER, point 21 « *Il ressort de cette disposition [l'article 1-b) de la directive 93/37] que les trois conditions qu'elle énonce ont un caractère cumulatif* ». Voir depuis : CJCE 10 octobre 1998, *BFI Holding*, point 29, aff. C-360/96, rec. I-6821 ; CJCE 1<sup>er</sup> février 2001, *Commission c/ France*, aff. C-237/99, rec. I-939, point 40 ; CJCE 10 mai 2001, *Agora Excelsior*, aff. C-223/99 et C-260/99, rec. I-3605, point 26.

directive Travaux de 1971 présentait une liste des « *organismes de droit public* » afin de préciser ce que recouvrait, en France, cette qualification. Cette liste, qui excluait de prime abord l'ensemble des EPIC, réservait l'application du droit d'origine communautaire aux EPA, mais elle n'était ni exhaustive ni liante<sup>197</sup>. Par ailleurs, la directive prévoyait, comme c'est l'usage, une procédure simple pour sa mise à jour, procédure dans laquelle les instances nationales comme communautaires avaient leur rôle, mais que la commission pouvait modifier unilatéralement.

**358.** Cette liste initiale évolua peu au fil des années, même si elle fut modifiée deux fois, la première par une décision de 1990<sup>198</sup>, la seconde dans l'annexe 1 de la directive 97/52 du 13 octobre 1997<sup>199</sup>. Elle est aujourd'hui à l'annexe III de la directive 2004/17 et a été sensiblement réduite, au point que c'est en réalité son caractère non exhaustif qui prime aujourd'hui<sup>200</sup>. Depuis l'origine, la Cour de justice s'est exprimée de nombreuses fois<sup>201</sup> sur la consistance de la notion d'organisme de droit public à l'occasion de recours préjudiciels, et seul le caractère « ni exhaustif ni liant » de cette liste a permis qu'elle reste encore en vigueur tant les précisions apportées par ces arrêts sont importantes. Elles portent en fait sur chacun des éléments de la définition : l'existence d'un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial (a), la nécessité d'un organisme créé pour satisfaire ce besoin (b) et cela de manière spécifique (c).

**a) Le besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial**

**359.** Trois points sont à préciser pour ce qui concerne la définition des besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel et commercial<sup>202</sup>.

<sup>197</sup> C'est ce que disent les conclusions CO LENZ du 12 octobre 1995, point 21, sous CJCE 25 avril 1996 aff. C-87/94 *Commission c/ Belgique*, à propos des « Bus Wallon ». rec. I-2043, mais aussi de nombreux arrêts dont CJCE 10 mai 2001, *Agorà et Excelsior*, aff. C-223/99 et C-260/99, rec. I-3605, pt. 36. Par ailleurs, l'absence de caractère exhaustif apparaît aussi dans le fait qu'aucun établissement public local, même administratif, n'est cité dans cette liste. L'article 1<sup>er</sup> point 9 de la directive 2004/18 précise expressément que la liste n'est pas exhaustive.

<sup>198</sup> Décision de la commission du 30 juillet 1990. Cette décision a arrêté une nouvelle liste pour chacun des États membres, dont la France.

<sup>199</sup> Directive 97/52 du parlement européen et du conseil, du 13 octobre 1997, *modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement*.

<sup>200</sup> Elle ne comprend par exemple ni les OPAC ni les SA d'HLM alors que l'arrêt C-237/99 du 1<sup>er</sup> février 2001 les considère expressément comme des pouvoirs adjudicateurs.

<sup>201</sup> Notamment dans deux principaux arrêts : CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, rec. 1 p. 73 concl. Ph. LÉGER, *CJEG* 1998 p. 239 note Ch. BRÉCHON-MOULÈNES et L. RICHER ; et quelques mois plus tard dans un arrêt CJCE 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c/ BFI Holding*, aff. C-360/96, rec. p. I-6821 ; *BJCP* n° 2 p. 155-170, concl. A. LA PERGOLA, note Ch. MAUGÜÉ

<sup>202</sup> Ce sont les trois points de la définition telle qu'elle résulte de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L134 du 30 avril 2004, article 1<sup>er</sup>, paragraphe 9, points a), b) et c)

α) « Besoin » et « service public » industriel et commercial

**360.** Le premier est la question de savoir si l'on peut assimiler les « besoins autres qu'industriels et commerciaux » du droit communautaire aux « services publics administratifs » du droit interne. Cela revient à se demander si les « besoins autres qu'industriels et commerciaux » sont définis de la même manière que les « services publics industriels et commerciaux ». De prime abord, la question est malvenue. En effet, dans la définition des SPIC, le premier critère est justement la nature du service rendu, du besoin satisfait, mais ce n'est qu'un seul des trois éléments de la définition avec le mode de financement et les modalités d'organisation et de fonctionnement du service<sup>203</sup>. La partie ne pouvant s'assimiler au tout, les premiers commentateurs<sup>204</sup> avaient naturellement estimé que les deux notions n'étaient pas synonymes. Partant, un service pouvait remplir un besoin « autre qu'industriel et commercial » tout en étant qualifié par la jurisprudence interne de « service public industriel et commercial », par exemple parce que son financement et son organisation rappelaient ceux d'une activité commerciale<sup>205</sup>. Il s'ensuivait que la prise en compte par l'annexe de la directive des seuls EPA était une erreur de droit qu'il fallait réparer. Cette première analyse rendait impossible l'assimilation entre l'approche française et l'approche communautaire. La jurisprudence de la Cour a quelque peu ébranlé l'approche communautaire dans les arrêts *Mannesmann* et *Arnhem*.

Dans les deux premiers arrêts, les questions posées par les juridictions internes de renvoi portaient notamment sur la façon de définir un « besoin autre qu'industriel et commercial ». Les faits de l'arrêt *Mannesmann* avaient tout d'abord permis de savoir qu'une activité « étroitement liée à l'État », en l'espèce la production de documents officiels par une « imprimerie nationale », faisait partie de ce type de besoins. L'arrêt *Arnhem* est allé plus loin en qualifiant ainsi le ramassage des ordures ménagères. Si, dans le premier cas, on peut difficilement douter que ce service aurait reçu la qualification de SPA, dans le second, la réponse est plus nuancée. Le droit français aurait attentivement regardé les conditions d'exploitation du service et aurait qualifié le service de SPIC ou de SPA en fonction de ces éléments.

<sup>203</sup> Cf. *GAJA*, 14<sup>e</sup> ed. ss TC 22 janvier 1921 *Sté commerciale de l'Ouest Africain*, n° 38 p. 229, spé. n° 3 p. 231 ; concl. P. LAURENT sur CE Ass. 16 novembre 1956 *Union syndicale des industries aéronautiques*, *Dalloz* 1956 p. 759 ; P. DELVOLVÉ *Droit public de l'économie*, 1998 n° 488 et s. p. 595 et s. ; A de LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET *Traité de droit administratif*, 15<sup>e</sup> ed. 1999, Tome 1 n° 1171 p. 916 à 918.

<sup>204</sup> P. VALADOU « La notion de « pouvoir adjudicateur » en matière de marché de travaux », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)* I. n° 14 p. 33.

<sup>205</sup> TC 14 janvier 1980 *Mme Le Crom c/ Commune de Saint-Philibert (Morbihan)*, rec. Tables p. 643 pour la gestion de terrains de camping municipaux qualifiée de SPA en l'absence de modalité de création et de gestion démontrant la volonté de la commune de lui attribuer le caractère de SPIC ; CE 7 mai 1982 *Verdier* rec. Tables p. 565 *idem* en considération des « conditions de son fonctionnement » à propos du service de la distribution d'eau.



**361.** Mais ces deux arrêts, bien qu'aboutissant à des solutions distinctes de celle du juge interne, n'en utilisent pas moins des méthodes qui ne sont pas sans rappeler le « faisceau d'indices »<sup>206</sup> utilisé par le Conseil d'État. Pour autant, la Cour se garde bien alors de poser en principe l'existence d'une série de critères d'identification des « *besoins d'intérêt général autres qu'industriel et commercial* ». Ce n'est qu'à l'analyse que l'on peut remarquer qu'elle regarde tout d'abord si le service était rendu « à titre exclusif », c'est-à-dire s'il s'agit d'un monopole. Puis qu'elle envisageait ensuite les modalités de financement. Ainsi, dans l'arrêt *Mannesmann* le prix est-il fixé et contrôlé par l'administration et dans l'arrêt *Arnhem* l'organisme n'a-t-il pas un but lucratif. La cour regardait enfin les devoirs, les « obligations de service public », qui pèsent sur l'entité, comme c'était le cas de l'obligation d'imprimer les documents officiels, l'obligation de secret ou la soumission à des normes strictes de sécurité qui pesaient sur *Österreichische Staatsdruckerei* dans l'arrêt *Mannesmann*.

**362.** Dans un second temps, la Cour a officiellement ouvert son appréciation des « besoins » à des éléments externes, faisant sienne la méthode du faisceau d'indices. La Cour estime qu'il faut prendre en compte les deux principaux critères que sont les *circonstances de la création* de l'organisme et les *conditions dans lesquelles il exerce son activité*, sachant que le second critère comprend l'existence ou l'absence de concurrence sur le marché, l'absence d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité et enfin l'éventuel financement public de l'activité<sup>207</sup>. On remarquera que cet arrêt reprend pour partie les critères des arrêts *Arnhem* et *Mannesmann* mais qu'il les complète et les organise.

**363.** Ainsi, dans l'analyse du « besoin » – qui doit être autre qu'industriel et commercial –, le juge communautaire prend en compte les modalités de satisfaction de celui-ci ; de la même manière que le droit français regarde la nature du « besoin » – industriel et commercial ou administratif – dans l'analyse du « service » public. Malgré ce rapprochement net, *l'inadéquation* entre les deux notions persiste pourtant en ce que les critères supplémentaires ne sont pas identiques : l'existence ou l'absence de concurrence sur le marché est un critère communautaire qui n'existe pas en droit interne<sup>208</sup>, et à

<sup>206</sup> Ce rapprochement a aussi été remarqué aux vues d'arrêts récents pas M. KARPENSCHIF, « Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de justice des Communautés européennes », *AJDA*, 2004 pp. 526-533 qui emploie lui aussi le terme de « faisceau d'indices » pour les critères communautaires (voir. Spé. p. 528, 2<sup>e</sup> colonne).

<sup>207</sup> Ces critères sont posés par le point 81 de l'arrêt CJCE 16 octobre 2003, *Espagne c/ Commission*, aff. C-283/00 : « *que l'existence ou l'absence d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial doit être appréciée en prenant en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité, en ce compris, notamment, l'absence de concurrence sur le marché, l'absence d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause* ». Les deux derniers « indices » du faisceau avaient déjà été mis en avant par l'arrêt CJCE 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa contre Varkauden Taitotalo Oy.*, aff. C-18/01, *Droit administratif*, août-septembre 2003 comm. n° 167, p. 23 obs. A. MÉNÉMÉNIS

<sup>208</sup> Par ailleurs, même en droit communautaire, il ne constitue qu'un critère parmi d'autres qu'il convient de mettre en balance. Ainsi, dans l'arrêt CJCE 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy...* cité note précédente, malgré une forte concurrence sur le marché de l'immobilier d'entreprise,

l'inverse, par exemple, l'organisation du service est un critère interne qui n'existe pas en droit communautaire. Seul le financement du service est un critère commun aux deux sources du droit, mais il n'est pas évident qu'il faille l'interpréter de la même manière, le droit communautaire prenant par ailleurs en compte plus clairement que ne le fait le droit interne le risque économique.

*β) Besoin industriel et commercial et activité d'une entreprise commerciale*

**364.** Le deuxième point à préciser est la non-assimilation du besoin industriel et commercial avec l'activité d'une entreprise commerciale. L'arrêt *Arnhem* est sans ambiguïté à ce sujet<sup>209</sup>. La raison du refus de cette simplification est double : d'une part, le juge aurait bien du mal à trouver une activité qui ne puisse pas être exercée par une entreprise privée, ce critère aurait donc pour effet de réduire comme une peau de chagrin la catégorie des entités satisfaisant des besoins « autres qu'industriels et commerciaux », donc celle des organismes de droit public. D'autre part, on vient de le voir, l'appréciation du caractère « industriel et commercial » prend en compte bien d'autres critères que celui de la simple activité, il est aussi fonction de la façon dont elle est exercée.

*γ) Un caractère propre aux « besoins »*

**365.** Le troisième et dernier point à préciser est issu des deux arrêts *Mannesmann*<sup>210</sup> et *Arnhem*<sup>211</sup>. Ces derniers confirment que le caractère industriel et commercial est celui du besoin d'intérêt général et qu'il ne constitue pas – comme certains l'avançaient – le critère pour distinguer un besoin d'intérêt général d'un besoin « privé ». Il ne saurait même en réalité s'assimiler à la notion « d'intérêt général » que l'on rencontre en droit interne, la Cour ayant pris soin de préciser qu'il convient de donner à la notion de besoin d'intérêt général, « une interprétation autonome et uniforme dans toute la Communauté »<sup>212</sup>. Le besoin lui-même précisé, restait à donner des éclaircissements sur le fait que l'organisme soit « créé pour » la satisfaction de ce besoin.

---

l'entité satisfait bien un « besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial » dans la mesure où l'objectif principal qui lui est assigné est de « promouvoir prioritairement l'intérêt général des habitants de la collectivité territoriale concernée » (spé. pt. 54) et qu'elle est détenue et gérée par la collectivité finlandaise.

<sup>209</sup> Deuxièmement du dispositif et points 38 à 53 des motifs pour l'arrêt CJCE 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c/ BFI Holding*, aff. C-360/96, rec. p. I-6821 ; *BJCP*, n° 2 p. 155-170, concl. A. LA PERGOLA, note C. MAUGÜÉ,

<sup>210</sup> Points 22 à 24

<sup>211</sup> Points 31 à 36

<sup>212</sup> Cf. CJCE 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH contre Bestattung Wien GmbH*, Aff. C-373/00, rec. I-1931, *AJDA*, 2003, p. 1228, note J.-D. DREYFUS ; *Droit administratif*, juin 2003, comm. n° 124 par A. MÉNÉMÉNIS, point 36.

**b) L'organisme doit être créé pour satisfaire le besoin**

**366.** Le deuxième élément de la définition précisé par les arrêts est le « *créé pour* ». Le critère pris en compte n'est en effet pas seulement le besoin en lui-même mais le fait que l'entité ait été *créée* pour ce besoin autre qu'industriel et commercial. C'est donc la volonté du législateur ou de l'autorité réglementaire qu'il faut prendre en compte. Dans l'arrêt *Mannesmann*, l'imprimerie avait été *créée* pour remplir sa mission de publication de documents officiels, dans l'arrêt *Arnhem*, la société ARA avait été *créée* par plusieurs communes pour remplir la fonction de collecte et traitement des ordures ménagères sur leurs territoires.

Ce critère ouvre pourtant la réflexion sur la modification des missions des entités en cause. Deux cas sont à envisager : le premier est celui dans lequel l'entité *créée* pour satisfaire à des besoins « *autres qu'industriels et commerciaux* » obtient des activités commerciales, le second, à l'inverse, porte sur l'octroi de mission « *autres qu'industrielles et commerciales* » à une entité au départ industrielle et commerciale.

**367.** La première hypothèse est celle de l'arrêt *Universale Bau*<sup>213</sup> de la Cour de justice. À la suite d'une question préjudicielle d'une juridiction autrichienne, la Cour devait estimer si un organisme dont les tâches n'avaient initialement pas de caractère industriel et commercial, mais qui en vient à prendre en charge des besoins de caractère industriel et commercial, devait être considéré comme un pouvoir adjudicateur au sens des directives. Sa réponse fut positive, ce qui tend à penser que le terme « *créé* » de l'article 1<sup>er</sup>, 9)-a de la directive 2004/18 est utilisé au sens strict.

**368.** La seconde hypothèse est celle de l'existence d'une entité à laquelle on aurait donné des missions « *autres qu'industrielles et commerciales* » *postérieurement* à sa création, alors qu'elle était essentiellement commerciale *auparavant*. Ainsi pourrait-il en être d'une société industrielle ayant son propre mécanisme de traitement des ordures. Cette société faisant faillite, le service de retraitement pourrait être repris et transformé en société d'économie mixte par deux communes et leurs partenaires. Deux solutions s'ouvriraient alors, soit considérer que cette société a de *nouveau été* « *créée* » par les personnes publiques, ce qui lui donnerait la possibilité d'être un organisme de droit public ; soit considérer qu'elle *n'a pas été créée* dans ce but et la lui refuser. Il faut bien avouer que la seconde solution semble mal adaptée à l'approche fonctionnelle et extensive du droit communautaire<sup>214</sup>, même la solution de l'arrêt *Universale Bau* laisse penser à une interprétation stricte du texte.

<sup>213</sup> CJCE 12 décembre 2002, *Universale Bau AG, Bietergemeinschaft : 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H Salzburg*, 2) *Östtettin Hoch- und -Tiefbau GmbH c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* ; aff. C-470/99 ; points 91 et 92, rec 2002, p. I-11617 ; BJCP 2002, p. 196, concl. S. ALBER et obs. PH. TERNEYRE ; DA 2003, comm. 34, note A. MÉNÉMÉNIS ; ACCP n° 20/2003, p. 63, comm. E. FATÔME et L. RICHER ; AJDA 2003, p. 623, note T. GLIOZZO (mais uniquement sur la pondération des critères, pas sur ce point) ; Contrats et marchés publics 2003, comm. 49 et 51, note G. ECKERT ; Europe 2003, comm. 59 et 60, note D. RITLÉNG.

<sup>214</sup> Dans une note en bas de page de ses conclusions sous *Arnhem*, l'avocat général A. LA PERGOLA précise que « *l'expression [...] doit être interprétée de manière dynamique. Les finalités indiquées à l'origine dans l'acte constitutif de l'organisme doivent en effet être rapportées à la situation actuelle et aux objectifs que l'organisme poursuit concrètement, tels que ceux indiqués dans l'objet social [...]* »

**c) l'adverbe « spécifiquement »**

**369.** Le troisième élément précisé est justement ce « spécifiquement ». Vocabulaire inhabituel, on a pu penser qu'il signifiait peu ou prou « organisme créé *a titre principal* pour satisfaire un besoin autre qu'industriel et commercial » ou qu'il n'avait pour fonction que de renforcer l'importance du critère de la volonté du créateur de l'organisme. Or tel n'a pas été l'interprétation des arrêts *Mannesmann* et *Arnhem* qui précisent tous deux que la part de « service autre qu'industriel et commercial » dans l'activité de l'entité n'a pas d'influence sur sa qualité d'organisme de droit public. Ainsi, dans l'arrêt *Mannesmann*, l'activité « documents officiels » de l'imprimerie ne représentait-elle que dix pour cent de son activité totale. L'ensemble fut pourtant qualifié d'organisme de droit public. Cette qualification en fonction d'une activité minoritaire pourrait paraître étonnante au regard du recours fréquent du droit communautaire à l'analyse économique du droit. Mais cette analyse est utilisée par la Cour lorsqu'elle permet un développement de l'application du droit communautaire. Jamais lorsqu'elle permet de contourner son application et porter atteinte à une approche téléologique de ses règles.

Afin de limiter l'importance de l'application des directives et de leurs procédures de passation, on aurait pu penser à diviser fonctionnellement l'entité. Pour cela, on aurait pu distinguer entre les activités « autres qu'industrielles et commerciales », soumises aux directives, et les activités « industrielles et commerciales », soumises au jeu de la concurrence non organisée. Cependant, l'arrêt *Mannesmann* précise que le principe de la sécurité juridique qui « exige qu'une règle communautaire soit claire et son application prévisible pour tous ceux qui sont concernés »<sup>215</sup> exclut que l'application de la directive varie « en fonction de la part relative [...] de l'activité exercée en vue de satisfaire des besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial »<sup>216</sup>.

Le critère d'une création de l'entité en vue de satisfaire spécifiquement un besoin ayant une nature autre qu'industrielle et commerciale ayant été précisé par la Cour de justice, le deuxième point qu'il fallait déterminer était la qualité de personne morale de l'entité.

## **2) le critère de la personnalité morale**

**370.** Le critère de la personnalité morale paraît relativement simple à appréhender, il nécessite pourtant deux précisions.

**371.** La première précision porte sur la similitude entre l'approche communautaire et l'approche interne qui préexistait aux traités de Rome, c'est-à-dire la

<sup>215</sup> La reconnaissance de ce principe en droit communautaire paraît contradictoire avec l'existence du recours de l'article 234 (ex 177) du Traité qui vise justement à éclairer le juge national sur un doute quant au sens d'une disposition communautaire, ce qui tend à prouver qu'elles ne sont pas toutes claires et prévisibles *ab initio*.

<sup>216</sup> Arrêt CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, rec. 1 p. 73 concl. Ph. LÉGER, *CJEG*, 1998, p. 239, note Ch. BRÉCHON-MOULÈNES et L. RICHER, points n° 32 à 34.

référence à des personnes morales et non à des entités déterminées de façon nouvelle. Il découle de cette référence à la « personnalité juridique » que le droit communautaire entend s'appliquer de façon très générale, au-delà des différences internes entre les personnes juridiques, et notamment pour ce qui concerne le droit français de la différence entre personne de droit privé et personne de droit public.

**372.** La seconde précision est liée à la première. C'est en effet au droit interne et non au droit communautaire de déterminer quels peuvent être les sujets de ces droits<sup>217</sup>. Cette remarque qui peut sembler importante pour la cohérence des droits nationaux trouve pourtant une limite dans les analyses que nous avons faites à propos des entités sans personnalité morale<sup>218</sup>. En effet, aussi bien en droit français qu'en droit communautaire, ces dernières sont rattachées à la personnalité juridique de l'État<sup>219</sup>. L'exigence ainsi imposée perd une grande partie de son intérêt puisqu'une entité dépourvue de personnalité morale va pouvoir être soumise aux procédures de passation, tout simplement par un rattachement à une personne publique qui, elle, aura la personnalité morale. Au fond, les entités sans personnalité morale propre se voient souvent accorder celle de la personne publique qui les a créées ou qui les finance<sup>220</sup>. Il semble donc que ce critère n'en soit au fond pas un, la recherche de la personnalité morale de l'entité ayant pour objet de savoir quelles procédures vont être appliquées, et non si une procédure est applicable.

### ***3) le critère de « la sphère publique »***

**373.** Outre la référence à la satisfaction d'un besoin autre qu'industriel et commercial et à l'existence d'une personnalité juridique, le droit communautaire utilise un autre critère multiforme que nous appellerons de la « sphère publique<sup>221</sup> ». Le caractère pragmatique du droit communautaire se retrouve spécialement dans ce critère, chacune de ses trois branches vise en effet à reconnaître dans une « personne morale ayant

---

<sup>217</sup> Ainsi, par exemple, la reconnaissance de *régies locales personnalisées* pouvant avoir des missions de service public *administratif* (depuis la loi 93-122 du 29 janvier 1993 art 74, devenue sur ce point l'article L. 2221-2 du CGCT) ouvre la possibilité d'avoir une personne morale remplissant les autres conditions de l'organisme de droit public et notamment (ce dont on pouvait douter auparavant) la création dans le but de gérer une activité ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. Notons que le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 crée des dispositions spécifiques pour ces régies dotées de la personnalité morale et gérant une activité administrative.

<sup>218</sup> Cf. *infra* à propos des personnes publiques qui sont des pouvoirs adjudicateurs par nature, en A).

<sup>219</sup> Ou à la collectivité territoriale quand l'entité a été créée par une commune, un département ou une région, mais comme nous l'avons dit la jurisprudence communautaire n'existe pas sur ce point.

<sup>220</sup> Il en est par exemple ainsi des régies communales qui, même lorsqu'elles sont dotées de l'autonomie financière « bénéficient » de la personnalité morale de la commune et passent les marchés publics dans les conditions imposées à leur commune de rattachement.

<sup>221</sup> Le terme est aussi utilisé à titre incident dans le *Droit des marchés publics*, ed. du Moniteur fasc. II.510.2/3 pour nommer cet ensemble de trois critères. L'arrêt CJCE 1<sup>er</sup> février 2001 *Commission des communautés européennes c/ République française* Aff. C-237/99, rec. 2001 p. I-939 les regroupent en parlant d'entités « dépendant étroitement de l'État, des collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ». (point 39)

un caractère autre qu'industriel et commercial » une entité liée fonctionnellement à une personne publique.

*α) Le critère du financement majoritaire*

**374.** La première branche est la condition que « *l'activité [soit] financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.* » Ce critère n'est pas sans rappeler la première fonction des réglementations sur les marchés publics, à savoir la défense des deniers publics. Il s'agit en effet de rationaliser les achats des entités susceptibles de dépenser l'argent public, soit qu'elles bénéficient d'aides, soit qu'elles constituent des démembrements des personnes « publiques » dont la création avait pour objectif de faciliter – ou cacher – l'utilisation de cet argent. Le critère économique vient ici réintégrer l'argent public dans la sphère publique. Trois points ont dû être précisés pour l'appréciation du terme de « financement ».

Le premier concerne la différence qu'il faut faire entre le financement et les aides. Ainsi, quand ces dernières prennent une forme pécuniaire – subventions, prêts, participation au capital – elles sont assimilables à un financement. En revanche, les aides indirectes – comme des locations ou des ventes dans des conditions favorables, ou encore des cautionnements ou garanties d'emprunt – ne sont pas des financements.

Le deuxième est que la possibilité pour une entité de prélever des taxes fiscales ou parafiscales devrait normalement s'assimiler à un financement « par l'État ». C'est du moins ce que laisse entendre la Cour de Justice dans un arrêt qui concernait l'application du Traité<sup>222</sup> et que *mutatis mutandis* on pourrait voir appliqué en matière d'organisme de droit public.

Le troisième point à préciser concerne le fait que le financement public doit être majoritaire. Dans un arrêt de 2000 à propos de l'Université de Cambridge<sup>223</sup>, la Cour de justice a précisé non seulement que les contrats de prestation de service entre l'entité et des pouvoirs adjudicateurs ne s'assimilent pas à un financement, mais en plus que l'évaluation du caractère « majoritaire » du financement devait se faire « *sur une base annuelle et l'exercice budgétaire au cours duquel la passation d'un marché déterminé est lancée [fût-il] prévisionnel* ».

*β) Le critère du contrôle de la gestion de l'entité*

**375.** La seconde branche de la définition suppose le recours au critère de la soumission au contrôle de l'État, des collectivités territoriales ou des organismes de droit public de la gestion de l'entité. Les précisions communautaires à ce sujet sont issues d'un

<sup>222</sup> Il s'agit de l'arrêt CJCE 25 juin 1970 *France c/ Commission*, Aff. 47/69, rec. p. 487, concl. K. ROEMER à propos des articles 92, 93 et 95 du Traité

<sup>223</sup> CJCE 3 octobre 2000 *The Queen et HM Treasury, ex parte University of Cambridge*, Aff. C-360/98, rec. 2000 p. I-8035, Concl. Siegbert ALBER.

arrêt relatif à la situation des OPAC et des SA d'HLM français. Dans un arrêt de 2001<sup>224</sup>, la CJCE a en effet considéré que la surveillance, par les autorités administratives, de l'application des clauses types incluses dans les statuts des SA de HLM ainsi que les pouvoirs de dissolution, de nomination de liquidateur ou de suspension des dirigeants s'assimilaient à une soumission de ces entités à d'autres pouvoirs adjudicateurs. Partant, elles étaient elles aussi des organismes de droit public.

*γ) Le critère du contrôle de l'entité*

**376.** Enfin, la troisième branche consiste en l'utilisation du critère du contrôle de l'entité par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public du fait que « *l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée* » par eux. Sur ce point, la directive est précise, elle se fonde sur un critère objectif, quantitatif, évitant, ce faisant, les débats concernant la prise de contrôle financière de l'entité. Cet écueil avait par exemple été celui de la loi du 7 juillet 1983 sur les Sociétés d'économie mixte locales dont le critère était, soit de détenir la majorité du capital, soit de détenir la majorité des voix de l'organe délibérant. Pourtant, si l'on analyse cette « branche » au regard de celle exposée ci-dessus, on retrouve bien la « double définition » des SEML. Néanmoins, on constate alors que le droit communautaire est plus souple puisque le critère du « *contrôle* » des directives « *marchés publics* » est plus large que celui de la « *majorité des voix de l'organe délibérant* » de la loi sur les SEML. Cette différence évite les difficultés rencontrées dans la pratique de la loi sur les SEML<sup>225</sup>, mais elle ne cache pas que l'essentiel des « organismes de droit public » qui seront qualifiés comme tel parce la moitié des membres sont désignés par un pouvoir adjudicateur rempliront aussi le critère du contrôle.

### **C) L'association de pouvoirs adjudicateurs**

**377.** La qualification d'une entité comme « *pouvoir adjudicateur* » en référence au fait qu'elle est « *une association de pouvoirs adjudicateur* » montre une nouvelle fois, si cela était nécessaire, que le droit communautaire ne veut pas laisser limiter son influence par des constructions institutionnelles internes. Lorsqu'une entité ne rentre pas dans les autres branches de la définition, il faut en effet examiner si elle ne constitue pas en réalité une « association » de collectivités publiques ou d'autres organismes de droit public<sup>226</sup>.

<sup>224</sup> CJCE 1<sup>er</sup> février 2001 *Commission des communautés européennes c/ République française* Aff. C-237/99, rec. 2001 p. I-939

<sup>225</sup> Difficultés dont on retrouve un exemple probant dans l'arrêt CE 7 juin 1995 *M. Lagourgue et autres.* M. DENIS-LINTON, *CJEG* octobre 1995, n° 514 p. 371-375 ; C. DEVÈS, *Revue française de la décentralisation*, n° 2, 1<sup>er</sup> novembre 1995 p. 216-218

<sup>226</sup> Le terme d'association est ici à prendre dans son sens le plus large et non comme celui de la loi du 1<sup>er</sup> juillet 1901 *relative au contrat d'association*

Cette notion a été précisée par les conclusions de l'avocat général A. LA PERGOLA sur l'arrêt *Arnhem*<sup>227</sup> à l'occasion d'un moyen présenté par la France pour qualifier l'entreprise en cause d'association de collectivités publiques et la soumettre ce-faisant aux procédures de passation. La position défendue dans ces conclusions est à la fois logique dans son fondement et, nous semble-t-il, illogique dans ses conséquences. Leur auteur précise qu'à son sens, une entité qui remplit les conditions de l'organisme de droit public ne peut pas être dans le même temps une association de collectivités. Il faut, selon ses termes (point 40) « *exclure tout chevauchement entre les deux catégories susmentionnées. Le législateur communautaire a, en effet, aussi voulu soumettre à une réglementation sur les marchés ces phénomènes associatifs publics qui donnent naissance à des entités qui, même si elles ne sont pas dotées d'une personnalité juridique propre, font pleinement partie des formes de coopération ou d'organisation des pouvoirs publics visés par la directive. [...] Il convient en outre d'ajouter que ces entités, pour rentrer dans la catégorie susmentionnée, doivent à notre avis ne pas avoir de but lucratif.* » La conclusion logique de ceci, que tire l'avocat général au point 41 de ses conclusions, est que « *la catégorie des associations a donc une fonction résiduelle* » mais il va aussi plus loin et précise « *[qu']elle concerne en définitive toutes les formes de coopération publique qui, comme nous le disions plus haut, donnent naissance à des entités non dotées de la personnalité juridique<sup>228</sup>, mais qui ne sont toutefois pas des collectivités locales ou territoriales, et ne relèvent par ailleurs pas non plus de la notion d'organisme de droit public.* »

**378.** La première conséquence que tire l'avocat général de son analyse est particulièrement convaincante : nul n'est besoin qu'un pouvoir adjudicateur soit qualifié à la fois, par exemple, d'organisme de droit public et d'association de collectivités publiques. Cette situation que l'on pourrait rencontrer en France avec les établissements publics de coopération intercommunale serait source de confusions inutiles alors qu'une des qualifications suffit de toute façon à remplir le critère organique des directives.

**379.** En revanche, la deuxième partie de son analyse nous paraît ne pas prendre en compte l'ensemble des paramètres nécessaires. Pour l'avocat général, la conséquence du caractère résiduel des « associations de pouvoir adjudicateur » est la nécessité que les entités en cause n'aient pas la personnalité morale. Cette solution part de la constatation que l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs par nature et organismes de droit public ont la personnalité morale et que donc, *a contrario*, la catégorie résiduelle ne saurait avoir de personnalité morale. Ce que nous remettons en cause ici est la complétude de son analyse *a contrario*.

Si la catégorie est résiduelle, il faut que « *l'association d'organismes de droit public* » remplisse non seulement le critère qu'elle impose, c'est-à-dire la nécessité que l'entité soit une association de collectivités publiques ou d'autres organismes de droit public, mais aussi qu'elle ne rentre pas dans les cas précédemment développés. Ainsi, l'entité en cause ne doit être ni l'État ni une autre collectivité territoriale qui sont des pouvoirs adjudicateurs « *par nature* » ; mais elle ne doit pas non plus être un organisme de droit

<sup>227</sup> Conclusions Antonio LA PERGOLA, avocat général sur CJCE 10 novembre 1998 *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV*, C-360/96 ; BJCP n° 2 pp. 155-164, spé. points 40 à 44 pp. 162-163

<sup>228</sup> C'est nous qui insistons sur ces mots.



public, ce qui veut dire, comme les critères de l'organisme de droit public sont *cumulatifs*, que l'entité peut ne remplir que deux, un ou aucun des trois critères de l'organisme de droit public, cela suffisant en effet à conclure qu'elle n'en est pas un. Pour revenir au raisonnement de l'avocat général, les « associations » comprennent en effet notamment les entités n'ayant pas la personnalité morale ; mais il existe aussi des cas que ne prend pas en compte l'avocat général dans lesquels l'entité sera une association de pouvoirs adjudicateurs, aura la personnalité morale, mais ne remplira pas au moins l'un des deux autres critères de l'organisme de droit public. On trouvera ce type de cas par exemple si l'entité est une association de pouvoirs adjudicateurs qui a une activité industrielle et commerciale, si elle n'a pas été créée spécifiquement pour une activité autre qu'industrielle et commerciale ou – cas plus difficile à concevoir – si elle ne remplit pas au moins un des critères de la « sphère publique ». Il semble donc que le critère de l'absence de personnalité morale ne soit pas un critère obligatoire de la qualification d'association de pouvoirs adjudicateurs.

**380.** Seuls l'État, les collectivités locales et les organismes de droit public sont visés par le texte comme parties à ces associations. La question qui peut se poser concerne les entités regroupant ces personnes lorsqu'elles sont associées à des personnes privées n'ayant pas la qualité d'organismes de droit public. Ces « personnes mixtes » pourraient être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs si elles remplissaient les autres conditions, au premier rang desquels l'activité autre qu'industrielle et commerciale. On peut ainsi concrètement imaginer une entité regroupant des communes, leurs établissements publics et des associations d'usager du service public (qui serait le plus souvent administratif). Si *a priori* l'approche finaliste du droit communautaire peut faire penser que l'on devrait qualifier ces entités d'« association » et les soumettre aux directives communautaires, cette position n'est pas acquise. À considérer le seul texte, on peut aussi envisager que la Cour de justice puisse limiter l'application des directives aux groupements ne comprenant que des pouvoirs adjudicateurs. Le droit français transposant la directive n'est pas non plus tout à fait clair sur ce point<sup>229</sup>, même s'il penche dans le sens de l'application des procédures aux seules associations regroupant des pouvoirs adjudicateurs.

Cette vision finaliste du droit communautaire trouve pourtant une limite. Alors que c'est l'action administrative – et ses deniers – qui sont visés par les procédures de passation communautaires, il semble clairement exclu que les associations locales regroupant des élus, même chargées d'une mission de service public, soient des « associations » de pouvoirs adjudicateurs. Le critère est en effet que les membres de ces « associations » regroupent les personnes publiques elles-mêmes et non les membres de celles-ci<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> Pour ce qui est par exemple des groupements de droits privés, la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, article 9, point a) ne vise que ceux formés *entre les collectivités publiques*.

<sup>230</sup> Sauf bien entendu lorsque ces membres agissent au nom des personnes publiques, auquel cas ce sont bien les personnes publiques qui sont membres de l'association.

## D) Les entités adjudicatrices

**381.** Il est apparu lors des discussions à propos des premières directives que certaines activités devaient être exclues de leurs champs d'application pour des raisons qui tenaient soit aux conditions d'exploitation du service, notamment à la nécessité d'un réseau pour fournir la prestation, soit aux liens particuliers qu'avait cette activité avec l'État. Ces secteurs « exclus » au départ ont été réglementés une vingtaine d'années plus tard dans une autre directive qui leur était spécialement dédiée, situation particulière qui n'a pas été remise en cause en 2004<sup>231</sup>. De cette origine, il résulte que le critère organique n'est que le deuxième critère d'application des procédures de mise en concurrence, le premier étant l'obligation de vérifier que l'entité en cause agit bien dans le cadre d'un des « secteurs spéciaux ». Ces derniers ne sont pas définis systématiquement mais au cas par cas aux articles 3 à 7 de la directive 2004/17, et l'analyse nous montre qu'il s'agit des secteurs dans lesquels l'activité économique s'effectue essentiellement autour de réseaux ou de contraintes géographiques qui gênent le jeu normal de la concurrence<sup>232</sup>. Comme le titre de la Directive le laisse entendre, ils sont aujourd'hui regroupés en quatre grands domaines : eau, énergie, transports et services postaux<sup>233</sup>. Parmi ces quatre domaines, certaines activités devraient être encore exclues du champ d'application de la directive dans les années à venir dans la mesure où la concurrence devrait s'y développer et que la soumission à des procédures de passation ne devrait plus paraître nécessaire. Il en est par exemple ainsi des marchés du gaz et de l'électricité qui deviennent concurrentiels, ce qui, en application de la vision libérale de la commission, rend caduque la soumission à des

---

<sup>231</sup> La directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, JOCE n° L. 199 du 9 août 1993, première directive « secteurs spéciaux » a été remplacée par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, JOUE L. 134 du 30 avril 2004

<sup>232</sup> Les articles 3 à 7 développent les différents types de services : *Gaz, chaleur et électricité* à l'article 3 ; *Eau* à l'article 4 ; *Services de transports* à l'article 5 ; *Services postaux* à l'article 6 ; et *Dispositions concernant l'exploration et l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon et d'autres combustibles solides ainsi que les ports et les aéroports* à l'article 7. Dans la directive 93/38, les services en causes étaient présentés sous forme de liste à l'article 2 point 2 : « Les activités relevant du champ d'application de la présente directive sont les suivantes : a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution: i) d'eau potable ou ii) d'électricité ou iii) de gaz ou de chaleur ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur; b) l'exploitation d'une aire géographique dans le but: i) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ou ii) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport; c) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble. En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service; d) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications. »

<sup>233</sup> On notera une modification du champ d'application de la directive 2004/17 par rapport à la directive 93/38, cette dernière portant en dernier lieu sur les « télécommunications » et non, comme aujourd'hui, sur les « services postaux ». La raison en est bien entendu la constatation que le marché des services de télécommunication sont effectivement libérées entre temps.

procédures de mise en concurrence<sup>234</sup> puisque le marché est soumis à une régulation naturelle.

Le critère organique lui-même est défini de manière relativement disparate. La raison en est que, plus encore que pour les pouvoirs adjudicateurs, le législateur communautaire s'est fondé sur une approche économique. C'est ainsi que la distinction interne entre personnes de droit public ou de droit privé a encore moins d'importance, et que les personnes visées par le Code des marchés publics ne sont qu'une partie réduite des entités adjudicatrices.

Les entités adjudicatrices sont divisées en trois catégories de personnes qui sont soumises, pour des raisons différentes, au même régime juridique. Ce dernier a pour principale caractéristique d'être plus souple que celui applicable dans les secteurs classiques. La conséquence de ces deux spécificités est que, pour les personnes qui sont aussi des pouvoirs adjudicateurs, le fait d'agir dans les secteurs spéciaux *simplifie* les procédures, alors que pour les personnes – privées – qui sont d'habitude libres de passer les marchés, cela leur crée des *contraintes*<sup>235</sup>.

### **1) Les pouvoirs adjudicateurs**

**381.** La première catégorie est celle des « pouvoirs adjudicateurs ». La directive « secteurs spéciaux » fait appel à la qualification de la directive « secteurs classiques »<sup>236</sup>. On peut exprimer sur ce point un soulagement certain en examinant la directive 2004/17 par rapport à la directive 93/38. Cette dernière n'utilisait en effet pas la qualification de pouvoirs adjudicateurs mais celle de « *pouvoirs publics* ». Ce terme était très contestable dans ce cas puisque sa définition recouvrait exactement celle des *pouvoirs adjudicateurs* des secteurs classiques<sup>237</sup>. On pouvait alors se demander l'utilité de donner une nouvelle qualification juridique à une catégorie déjà définie de la même manière. Peut-être s'agissait-il alors d'une autre expression des difficultés que peuvent soulever les qualifications juridiques communautaires lorsqu'elles « traduisent » des réalités internes. Comme pour le terme de « marché public » dont nous avons dit qu'il n'a pas le même sens en droit interne et en droit communautaire ce qui porte atteinte à la lisibilité du droit et à la rigueur juridique, on avait ici – mais inversé – le même problème : pour une seule catégorie de personnes, le droit communautaire imposait les deux qualifications juridiques de « *pouvoir public* » et « *pouvoir adjudicateur* ». Cette confusion n'était de surcroît pas seulement un problème purement sémantique, elle était source de confusions importantes dans la mesure où le

---

<sup>234</sup> Notons que le formalisme de passation des marchés dans les secteurs classiques est différent que celui dans les secteurs spéciaux, ce dernier étant allégé par rapport au premier. Cette différence est transposée aux articles 83 et 84 du Code des marchés publics actuel.

<sup>235</sup> Même s'il est vrai que les grandes entreprises en question se soumettent de toute façon à des procédures d'achat internes.

<sup>236</sup> L'article 2 1<sup>o</sup> a) de la directive 2004/17 définissant les pouvoirs adjudicateurs reprend de façon identique le texte de l'article 1 9<sup>o</sup> de la directive 2004/18.

<sup>237</sup> Il suffit pour s'en convaincre de comparer les articles 1<sup>er</sup>, 1) de la directive 93/38 et 1<sup>er</sup> b) de la directive 93/37

terme de « pouvoir public » était aussi présent dans la définition des « entreprises publiques ».

## 2) Les entreprises publiques

**382.** Les définitions internes et communautaires (a) ont des différences qui conduisent à des difficultés (b).

### a) Des définitions interne et communautaire différentes

**383.** La seconde catégorie de personnes qualifiées d'entités adjudicatrices, celle des *entreprises publiques*, est sujette à plus de difficultés que celle de *pouvoir adjudicateur*. Il suffit pour s'en convaincre de constater que cette qualification existait déjà en droit interne et en droit communautaire et qu'elle n'avait pas toujours le même sens que celui retenu par cette directive.

**384.** En droit interne, cette diversité est mise en avant non seulement par les manuels et traités de la doctrine<sup>238</sup> mais aussi par des articles du professeur P. DELVOLVÉ parus en 1970 et 1994<sup>239</sup>. Pour ne donner qu'un aperçu de cette diversité on peut classiquement rappeler que peuvent être entreprises publiques aussi bien des EPIC que des sociétés par action ayant une forme issue du droit privé, mais plus encore insister sur la diversité des critères pris en compte pour ces dernières. On peut ainsi noter la différence entre la notion d'entreprise publique posée par la loi de 1976 développant le contrôle des comptes des entreprises publiques<sup>240</sup> et celle posée en 1983 par la loi relative à la démocratisation du secteur public<sup>241</sup>. La première est en effet spécialement large puisqu'elle prend en compte un critère organique mais aussi trois autres critères<sup>242</sup> alors que la seconde se fonde uniquement sur la propriété publique de la majorité du capital.

**385.** Le droit communautaire pose aussi un certain nombre de problèmes, non seulement parce que sa définition des entreprises publiques est, elle aussi, différente selon les matières qu'il gère ; mais encore parce que cette définition pose des problèmes d'interprétation.

---

<sup>238</sup> Le professeur J.-P. COLSON intitule l'un des chapitres de son manuel *Droit public économique*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 3<sup>e</sup> ed. 2001 n° 261 « l'introuvable notion juridique d'entreprise publique » et le professeur P. DELVOLVÉ parle pour sa part de l'« origine et ambiguïté de la formule des entreprises publiques », in *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz ed. coll. Précis, 1998 n° 533. On peut aussi penser à l'article de M. DURUPTY « existe-t-il un critère de l'entreprise publique », *Revue administrative*, 1984 p. 7

<sup>239</sup> P. DELVOLVÉ *Les marchés des entreprises publiques*, RDP 1970 pp. 1287-1352 et CJEG juin 1994 spécial n° 500 p. 269 avec tiré à part pour rectification d'erreur de l'éditeur.

<sup>240</sup> Article 7 de la loi n° 76-539 du 22 juin 1976 *loi de finances rectificative pour 1976*, J.O. 23 juin 1976

<sup>241</sup> Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 *relative à la démocratisation du secteur public*

<sup>242</sup> Ces trois critères sont de manière classique la détention de majorité du capital de l'entreprise – directement par l'Etat ou par une autre entreprise publique – mais aussi, ce qui nous rapproche singulièrement du droit communautaire, la détention de la majorité des voix dans les organes délibérants, ou la possibilité pour les actionnaires publics d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion, même en tant qu'actionnaires minoritaires.

À l'origine, la définition des « entreprises publiques » telle qu'on la trouvait dans la directive 93/38 n'était que la reprise de la définition issue de la directive du 25 juin 1980 *relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques*<sup>243</sup>. Au terme de ces textes, sont entreprises publiques « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui les régissent ». À cette définition générale, les deux directives – celle de 1980 et la 93/38 – ajoutaient des cas dans lesquels l'influence dominante était présumée<sup>244</sup>. On pouvait légitimement féliciter l'ordre communautaire d'avoir une notion « d'entreprises publiques » unifiée, dont on voit qu'elle était à la fois large et très économique.

Cependant, la directive régissant les relations financières et la transparence entre l'État et les entreprises publiques de 1980 a été modifiée par une seconde directive de 2000<sup>245</sup> qui pose une nouvelle définition de l'entreprise publique. Cette directive de 2000 retire la liste des présomptions que la directive de 1980 mettait en place dans son article 2, pour ne garder que la première partie de cet article. Cette évolution ne signifie pas forcément que les présomptions tombent, textuellement, il y a une différence, mais au fond on ignore s'il y a effectivement un changement. Reste que l'on peut légitimement se demander les raisons de cette modification. D'un autre côté, si effectivement ce changement n'est pas fortuit, il aboutit à l'existence de deux définitions différentes des entreprises en droit communautaire, l'une valable pour les marchés publics (celle qui prévalait dans la directive de 1980), l'autre pour les *relations entre l'État et les entreprises publiques et la transparence*. Sachant que les marchés publics peuvent être passés entre une « entreprise publique » et « l'État » et que la « transparence » est un objectif des marchés publics, on ne pourrait que regretter cet état de fait.

#### **b) Les difficultés**

**386.** Le fait que les définitions communautaires des entreprises publiques ne soient pas unifiées est en-soi le problème principal. Mais à celui-là s'en ajoutent deux autres, ou plutôt s'en ajoutaient deux autres si l'on veut bien considérer que la directive 2004/17 en a résolu un de fait.

**387.** Le problème principal porte sur le fait que droit communautaire n'impose pas que cette entreprise ait une personnalité morale propre, distincte de celle du « pouvoir

<sup>243</sup> Directive 80/723/CEE de la commission du 25 juin 1980 *relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques*, JOCE n° L. 195 du 29 juillet 1980 pp. 35-37

<sup>244</sup> « L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise: a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise. »

<sup>245</sup> Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE *relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques* JOCE n° L. 193 du 29/07/2000 pp. 75-78

public » qui en a le contrôle<sup>246</sup>. Le droit communautaire a ainsi pu qualifier d'entreprise publique l'État lui-même dans le fameux arrêt *Höfner et Elser c/ Macrotron*<sup>247</sup>. Cette situation est parfaitement incompatible avec le droit interne, la doctrine française s'accordant unanimement sur l'obligation d'une personnalité distincte pour qualifier une entité d'entreprise publique. Comme c'est le cas pour les associations de pouvoirs adjudicateurs par rapport à ces pouvoirs adjudicateurs, les notions devraient au contraire être exclusives d'une de l'autre. En pratique, cela devrait aboutir à ce que la définition de l'entreprise publique précise qu'une entreprise publique est « une entité autre que les pouvoirs adjudicateurs... ». Cette conclusion de l'arrêt *Höfner et Elser* empêche en effet que l'on unifie les notions internes et communautaires. Bien entendu, il faut voir cette situation juridique avec un tant soit peu de pragmatisme, ce qui conduit à une solution plus nuancée. En effet, d'une part, si cette disparité est regrettable, elle reste moins gênante que ce qu'il n'y paraît dans la mesure où, comme entreprise publique ou comme État, l'« entreprise » reste une entité adjudicatrice ; d'autre part, avant d'unifier les notions internes et communautaires, il faudrait de toute façon unifier les notions dans chacune de ces branches du droit.

**388.** Le second problème inhérent à cette notion est notable, mais il a en réalité été résolu par la directive 2004/17. On a déjà relevé que la directive antérieure appelait la première catégorie des « entités adjudicatrices » les « pouvoirs publics » alors qu'il ne s'agissait que de « pouvoirs adjudicateurs ». La dernière directive a résolu ce problème en utilisant cette seconde notion, et on ne peut que l'approuver. La situation antérieure posait en effet un problème important dans la mesure où les directives de 1980 et 2000 définissaient les entreprises publiques comme celles qui sont contrôlées par les « pouvoirs publics ». Ce qui pouvait passer comme une source de simplification était au contraire source de confusions puisque justement les définitions des pouvoirs publics que donnent ces directives sont différentes. Les deux directives de 1980 et 2000 regroupaient en effet sous cette définition l'État et les collectivités territoriales<sup>248</sup> tandis que la directive 93/38 « secteurs spéciaux » comprenait par-là l'ensemble des « pouvoirs adjudicateurs », y compris les organismes de droit public et les associations d'autres pouvoirs adjudicateurs<sup>249</sup>. Cette situation conduisait à se demander, sans que la Cour de justice ne se soit encore prononcée, si la directive avait recours à deux notions différentes de « pouvoirs publics » : la première valable comme catégorie à part entière, la seconde comme élément de définition des entreprises publiques ; ou s'il fallait considérer qu'il n'y avait qu'une seule

<sup>246</sup> Sur ce point, voir *Droit des marchés public*, ed. du Moniteur, fascicule II.520.2/3

<sup>247</sup> CJCE 23 avril 1991, *Höfner et Elser c/ Macrotron*, aff. C-41/90, rec. 1991 p. I-1979. Cet arrêt précise que « dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » et l'on ne saurait refuser aux marchés publics d'être dans le contexte du droit de la concurrence.

<sup>248</sup> La directive de 80/723 de 1980 définit exactement dans son article 2 les pouvoirs publics comme « l'État, ainsi que d'autres collectivités territoriales », tandis que celle 2000/52 de 2000 est inutilement plus diserte et redondante en définissant les pouvoirs publics comme « tous les pouvoirs publics, y compris l'État, ainsi que les autorités régionales et locales et toutes les autres collectivités territoriales »

<sup>249</sup> On peut voir dans cette contradiction une autre critique du recours aux « pouvoirs publics » dans la directive secteurs spéciaux alors que le terme de « pouvoir adjudicateur » des directives secteurs classiques regroupe les mêmes entités, cf. *infra*.

définition de pouvoirs publics, celle propre à cette directive ; c'était alors celle qui était la plus large puisqu'elle comprenait les organismes de droit public et les associations de pouvoirs adjudicateurs qu'il fallait retenir<sup>250</sup>. Le choix entre ces deux interprétations n'est heureusement plus ouvert, les pouvoirs adjudicateurs ont repris leur nom et les pouvoirs publics de la définition des entreprises publiques est identique à celle des directives de 1998 et 2000 ainsi, par chance, qu'à celle que l'on retient en droit interne.

### 3) Les entités bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs

**389.** Suivant un ordre logique du « plus au moins public », les directives 93/38 et 2004/17 mettent en place une troisième catégorie d'entités adjudicatrices. Cette dernière regroupe les entités autres que celles déjà qualifiées ainsi qui agissent dans les secteurs spéciaux en bénéficiant de « *droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre* »<sup>251</sup>.

Deux difficultés viennent assombrir la clarté apparente de la directive. La première porte sur les définitions des droits exclusifs et spéciaux qu'il faut préciser et distinguer entre eux. La seconde vient de l'unité de la notion de droits exclusifs et spéciaux dans l'ensemble du droit communautaire.

**390.** L'expression *droits spéciaux et exclusifs* est issue de l'article 86 § 1 <sup>252</sup> du Traité relatif à l'application du droit de la concurrence. L'idée générale qu'elle recouvre est que l'État doit parfois être autorisé à donner un avantage économique à une entreprise, même si cela porte atteinte à la libre concurrence, soit parce que cela restreint l'accès et la liberté du marché, soit parce que cela met le bénéficiaire de cette autorisation en état de dépendance vis-à-vis de celui qui lui a accordé cette autorisation. Cette idée générale doit pourtant être traduite en notion juridique. La jurisprudence n'ayant pas rempli ce rôle jusqu'ici<sup>253</sup>, il convient de se reporter au texte même de nos directives 93/38<sup>254</sup> et

<sup>250</sup> Notons, sans que cet argument nous paraisse forcément décisif, que les articles des directives qui posent les définitions commencent tous par « *Aux fins de la présente directive, on entend par:* » ce qui laisse présumer une unité de notion de pouvoir public propre à la directive « secteurs spéciaux », donc une vision large de ceux-ci. Dans le même sens sans que cela soit plus décisif, l'article 4 de la directive 80-723 du 25 juin 1980 précitée ne s'applique pas aux relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises dans les secteurs spéciaux... mais cela ne vaut que pour les « *relations financières* » et non pour les notions elles-mêmes.

<sup>251</sup> Directive 2004/17, art. 2 point 2° b) : « *[entités adjudicatrices] qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées à l'article 3 à 7, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre.* » repris quasiment à l'identique de la directive 93/38, art. 2 point 1, b).

<sup>252</sup> Article 81 § 1 du Traité modifié par le Traité d'Amsterdam, ancien article 90 § 1 légèrement modifié : « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles il accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus.* »

<sup>253</sup> le *Droit de marchés publics*, ed. du Moniteur, fasc. II.520.2/5 confirme cette opinion

<sup>254</sup> Article 2 point 3. : « *Pour l'application du paragraphe 1 point b), les droits spéciaux ou exclusifs sont des droits qui résultent d'une autorisation octroyée par une autorité compétente de l'État membre concerné, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie au paragraphe* [La suite a été retirée dans la directive 2004/17] 2. Une entité adjudicatrice

2004/17<sup>255</sup>. Il en ressort trois critères : d'une part que l'État, qu'il faut prendre ici dans son sens le plus large, donne une autorisation – dont on comprend bien que la forme importe peu – qui a pour effet, et pas forcément pour objet premier ou voulu, de limiter la concurrence en donnant à des entreprises des avantages sur un marché. Pour éviter que l'on ne se limite à une vision simple dans laquelle on définirait le droit exclusif comme le bénéfice d'un monopole et le droit spécial comme celui de faire partie d'un oligopole, la directive 93/38 précise ensuite des cas dans lesquels on est en présence de tels droits, ce que ne reprend pas la directive postérieure.

**391.** Pourtant, dans le cadre de l'article 90 § 1 du Traité, on s'était demandé si tous les avantages accordés par la puissance publique étaient des droits exclusifs ou spéciaux ou s'il fallait d'autres conditions pour que des avantages fussent ainsi qualifiés. En effet, tous les droits accordés par l'État ne sont pas forcément en contradiction avec la concurrence, notamment lorsque le bénéficiaire ne fait que remplir des conditions posées de manière générale. Il en est *a fortiori* de même lorsque ces droits sont accordés après une mise en concurrence, comme c'est par exemple le cas pour un concessionnaire d'autoroute. La question d'un critère supplémentaire s'est donc posée, et les commentateurs se sont accordés sur la nécessité que le droit soit accordé discrétionnairement pour être qualifié de droit exclusif ou spécial<sup>256</sup>. C'est d'ailleurs une interprétation proche qui préside aux définitions des droits exclusifs et spéciaux dans la directive 2000/52 *relative à la transparence des relations financières entre l'État et les entreprises publiques*<sup>257</sup>. Formulant textuellement l'interprétation donnée par l'arrêt de la Cour de

---

*est considérée comme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, notamment: a) lorsque, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations visées au paragraphe 2, cette entité peut jouir d'une procédure d'expropriation publique ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique pour mettre en place les équipements de réseaux b) lorsque, dans le cas du paragraphe 2 point a), cette entité alimente en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente de l'État membre »*

<sup>255</sup> Directive 2004/17, art. 2 point 3 : « Aux fins de la présente directive, les "droits spéciaux ou exclusifs" sont des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 3 à 7 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité. »

<sup>256</sup> C'est notamment la position de J.-E. COCKBORNE « La libéralisation du marché communautaire de l'électricité : les télécoms montrent-ils la voie ? », *Revue de droit des affaires internationales*, 1990, n°7 p. 851

<sup>257</sup> Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (Journal officiel n° L. 193 du 29/07/2000 p. 75 à 78). Article 2 point 1, sous-point f) et g) : « f) « droits exclusifs », des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif, qui lui réservent le droit de fournir un service ou exercer une activité sur un territoire donné ; g) « droits spéciaux », des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné : - limite à deux ou plus le nombre de ces entreprises, autorisées à fournir un service ou exercer une activité, *selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires* ou - désigne, *selon de tels critères*, plusieurs entreprises concurrentes, comme autorisées à fournir un service ou exercer une activité ou - confère à une ou plusieurs entreprises, *selon de tels critères*, des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes.



justice du 12 décembre 1996 *The Queen c/ Secretary of State for Trade and Industry*<sup>258</sup>, la commission ajoute la condition que les avantages accordés doivent avoir été accordés *selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires* pour être qualifiés de droits spéciaux. La question qui peut se poser concerne les droits exclusifs qui, eux, n'ont pas à remplir cette condition. Cette limite peut être due à la considération que le monopole est par essence anticoncurrentiel et qu'il convient donc d'imposer des procédures de passation pour leurs marchés dans les secteurs spéciaux, comme on a pu considérer qu'il y avait parfois « abus automatique de position dominante ».

En tout état de cause, la définition de la directive de 2000 n'est pas expressément destinée à remplacer ni même à aider à l'interprétation de la définition des droits exclusifs ou spéciaux de la directive 2004/17. Au contraire, le début de la définition précise ici encore qu'elle n'est donnée qu'« *aux fins de la présente directive* ». Ici encore, le manque d'unité notionnelle du droit communautaire porte préjudice à l'interprétation que l'on peut en faire en l'absence d'arrêt de la Cour de justice. La doctrine qui s'est intéressée à la question de l'identité des notions de droits exclusifs et spéciaux entre l'arrêt de la CJCE du 12 décembre 1996 et celle de la directive 93/38 n'a d'ailleurs pas pu porter une appréciation définitive<sup>259</sup> même si elle va dans le sens de l'existence de deux notions différentes.

**392. Conclusion du paragraphe premier :** Le droit communautaire apparaît comme un système contradictoire. D'un côté, l'ensemble est mû par une logique générale dont l'axe principal – justifié par la nécessité de transposition future dans des pays aux traditions différentes – est un critère finaliste, fondé en grande partie sur une vision économique du droit. D'un autre côté la cohérence interne du droit communautaire est loin d'être réalisée. Malgré les efforts méthodologiques comme la mise en place de définitions des termes au début des différents textes – comme cela se fait en droit anglo-saxon – ou l'utilisation de « communications interprétatives »<sup>260</sup>, une même notion peut avoir différents sens selon le texte ou le juge qui l'emploie. Cela n'est d'ailleurs pas sans rappeler les attermoissements du droit administratif français durant une bonne partie du XIX<sup>e</sup> siècle. Peut-être est-ce simplement la marque d'un droit qui se construit<sup>261</sup> ? Ces deux éléments constituent en eux-mêmes les deux principales difficultés pour le législateur national dans son effort de

<sup>258</sup> CJCE 12 décembre 1996 aff. C-302/94 *The Queen c/ Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British telecommunications plc*, rec. 1996 p. I-6417. Cet arrêt se fonde sur les notions de droits exclusifs et spéciaux définis à l'article 2 point 2 de la directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 dite « réseau ouvert ».

<sup>259</sup> S. ARROWSMITH « Interpretation of the concept of Special or Exclusive Rights under the Utilities Directive : The leased Lines Decision », *Public Procurement Law Review*, 1997 n° 4 p. 122

<sup>260</sup> Sur le développement de ces communications interprétatives et leurs portées, cf. Ch. FOUASSIER, « Vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative. » *RTDEur* (4) oct.-dec. 2000 p. 675

<sup>261</sup> Remarquons toutefois que le droit administratif français est, bien plus que le droit communautaire, d'origine jurisprudentielle, ce qui explique et justifie une création des notions par touches successives et donc leur manque de cohérence. Cette explication ne vaut que très partiellement pour le droit communautaire. Ce dernier doit, peut-être, la diversité de ses notions à une recherche constante du compromis, au cas par cas, pour chaque directive... Mais cette justification ne satisfait que très partiellement l'amateur de systèmes.

transposition. Tout d'abord, l'approche économique du droit n'est pas forcément celle qui a présidé à la construction des législations nationales antérieures, ce qui est source de différences profondes qu'il est difficile de concilier. Ensuite, le manque de clarté des notions communautaires rend lui-aussi complexe une transposition, ne serait-ce que pour savoir si le champ d'application du droit national doit être, ou non, modifié par le texte européen. En droit des marchés publics français, cela a conduit à des superpositions de droits plutôt qu'à une véritable refonte.

## **§ 2 : *Transposition dans le droit français***

**393.** Le point central de la compréhension de la transposition du droit communautaire est la volonté des gouvernants de conserver le champ d'application organique actuel du code des marchés publics. La vision finaliste du droit communautaire ayant justement conduit à éviter un critère organique strict au profit d'une approche pragmatique de l'organe public, la transposition ainsi conçue a conduit à un éclatement du droit des marchés publics. D'un côté, on trouve les personnes de droit public classiques, soumises au Code des marchés publics (A), de l'autre on trouve d'autres personnes publiques qui sont soumises à la partie communautaire du droit des marchés sans être formellement soumises au Code français des marchés publics (B).

### **A) Les personnes publiques classiques du Code des marchés publics**

**394.** Le droit français des marchés publics ne laisse pas disparaître facilement les limites organiques qu'il a lentement établies au long de son histoire. Le critère organique fondé principalement sur la personnalité juridique de droit public est donc une constante que le droit communautaire n'a pas brisé, ni dans le cadre du code (1), ni dans le cadre des délégations de service public (2).

#### ***1) Un champ d'application inchangé***

**395.** La transposition du droit communautaire peut aujourd'hui être conçue comme ayant été effectuée en deux grandes étapes. La première était l'intégration des directives dans le code de 1964, transposition qui a évolué constamment au fur et à mesure des nouvelles directives et qui devaient être interprétées directement en fonction des arrêts de la CJCE. Cette première phase s'est traduite par la création d'un Titre 5 et dernier dans le Code des marchés publics, titre qui faisait coexister les deux droits sans chercher à les unifier autrement que par l'adaptation du nouveau droit à l'ancien quand cela était possible ou par la création de nouvelles dispositions dans le cas contraire. La seconde étape est la prise en compte des directives par une fusion de leurs dispositions dans les articles du

code. Cette méthode de transposition, plus satisfaisante, unifie ainsi les notions. Cette unification s'est en général réalisée au prix d'un assouplissement dans le sens des directives, c'est-à-dire une modification du droit interne pour le soumettre à l'approche communautaire. Pourtant, le critère organique des codes de 2001 et 2004 est bien celui qui prévalait auparavant, la notion communautaire, plus large, a dû s'adapter pour respecter la tradition française.

L'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics donne comme champ d'application organique des marchés publics les « *personne morale de droit public mentionnées à l'article 2* », on constate par conséquent que l'ensemble des personnes visées par le code le sont aussi par les directives. D'une part on retrouve dans cet article les personnes visées à l'article 1<sup>er</sup> point 9 de la directive 2004/18 « *l'État, les collectivités territoriales* », catégorie que nous avons appelée les pouvoirs adjudicateurs par nature<sup>262</sup> ; d'autre part on trouve aussi les établissements publics administratifs nationaux et les établissements publics locaux, quelle que soit leur nature<sup>263</sup>, sous la qualification des « organismes de droit public ». le droit interne conserve<sup>264</sup> pourtant deux limites par rapport à l'approche communautaire, même dans le cadre de ces seules personnes. Premièrement, le code garde un critère fondé sur la personnalité juridique<sup>265</sup>, il n'intègre pas la vision finaliste du droit communautaire. Deuxièmement, seules les personnes publiques énumérées à l'article 2 font partie du champ d'application du code, ce dernier ne s'est pas étendu aux catégories communautaires correspondantes. Notamment, si les EPA de l'État sont des organismes de droit public, les EPIC de l'État qui en sont parfois aussi, restent en dehors du champ d'application du code des marchés français.

## ***2) La difficulté des délégations de service public et des contrats de partenariats***

**396.** La résistance du droit français consistant en la conservation du champ d'application organique du Code des marchés publics est un mécanisme qui se retrouve plus largement dans le droit de la commande publique. Justifier cette résistance par le fait qu'il est difficile de revenir sur un code existant est donc insuffisant, au-delà même du fait que le code des marchés ait été profondément modifié sur bien des points et que de toute façon l'idée d'un code est trop récente pour constituer un mythe immuable de notre droit public.

---

<sup>262</sup> Rappelons que, dans le cadre du critère organique des marchés publics, l'État a la même définition en droit interne et en droit communautaire, notamment en ce qu'il regroupe aussi des entités sans personnalité juridique comme les autorités administratives indépendantes.

<sup>263</sup> Bien entendu lorsqu'ils remplissent les trois conditions de l'organisme de droit public, et notamment la création dans le but spécifique de satisfaire un besoin autre qu'industriel et commercial. Sur la rareté pratique des établissements publics industriels et commerciaux locaux créés dans ce but, *cf. infra*.

<sup>264</sup> Rappelons que les « collectivités publiques » de l'article 1<sup>er</sup> étaient énumérées à l'article 39 de l'ancien code.

<sup>265</sup> L'article 1<sup>er</sup> du code de 1964 utilisait le terme de « *collectivité publique* », les personnes de droit privé étaient exclues de son champ d'application. En ce sens, *cf. J.-F. SESTIER LPA*, 2 février 2000, n° 23 p. 46

397. Le procédé de la concession est un mécanisme d'origine française dont le droit communautaire s'est emparé à la suite de son extension – et de son adaptation<sup>266</sup> – dans les droits des pays membres. On a déjà dit<sup>267</sup> que les concessions de travaux au sens du droit communautaire étaient bien souvent, en droit français, des concessions de services et travaux publics. Sans revenir sur les éléments matériels de ces contrats, on doit constater que la transposition des notions communautaires s'est faite avec les mêmes résistances que celles qui ont présidées à la transposition du droit des marchés publics. Ainsi, la directive « travaux »<sup>268</sup> définit-elle les concessions de la même manière que les « marchés publics de travaux » qu'elle régit, « à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ». Le critère organique de la définition des concessions de travaux est donc le même que celui de la définition des marchés publics, à savoir les *pouvoirs adjudicateurs*. À l'inverse, en droit interne, nombre de ces concessions sont définies par la loi MURCEF comme étant des délégations de service public<sup>269</sup>. Or, organiquement, la loi MURCEF limite les délégants aux « personnes morales de droit public »<sup>270</sup>.

Comme le droit des marchés publics, le droit des délégations de service public est donc lui aussi tiraillé entre les deux sources du droit. Ainsi, si la plupart du temps une concession de travaux et service public, qualifiée de délégation de service public, sera une concession de travaux au sens communautaire – ce sera par exemple le cas des concessions d'autoroute ou de celles portant sur des canaux ; certaines concessions au sens communautaire pourront être accordées par des personnes morales de droit privé et donc ne pas être des délégations de service public.

398. La question se pose aujourd'hui de manière parfaitement parallèle pour les « contrats de partenariat »<sup>271</sup>. Ces derniers peuvent aussi être assimilés à des marchés

<sup>266</sup> Certains diraient même de son « amélioration » ou « modernisation » en parlant des PFI au Royaume-Uni.

<sup>267</sup> Première partie, titre 1<sup>er</sup>, chapitre 2<sup>e</sup> à propos de la qualification matérielle des contrats.

<sup>268</sup> Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* (JOCE L. 199 du 9 août 1993 p. 54) qui a été ensuite modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil (JOCE L. 328 du 28 novembre 1997 p. 1). L'article définissant les concessions est l'article 1, point d : « d) la "concession de travaux publics" est un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a), à l'exception [...] cf *supra* »

<sup>269</sup> Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* dite « MURCEF », J.O. numéro 288 du 12 décembre 2001 p. 19703 « Une délégation de service public est un contrat par lequel **une personne morale de droit public** confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service »

<sup>270</sup> Rappelons toutefois que la loi Sapin n'est pas une loi de transposition du droit communautaire, elle est d'ailleurs antérieure de quelques mois à la directive 93/37 « travaux ». Pour autant, la comparaison est possible puisqu'au delà des seuils communautaires un même contrat peut avoir les deux qualifications.

<sup>271</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. 19 juin 2004, texte 2. Deux décret d'application de cet ordonnance ont été pris : décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 *pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat* et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales, J.O. n° 253 du 29 octobre 2004 page 18260, texte n° 4 et décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 *portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*, J.O. n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19, qui

publics ou des concessions en application du droit communautaire, et ils sont, eux aussi, organiquement limités aux personnes publiques. L'article 1<sup>er</sup> de l'ordonnance du 17 juin 2004 dispose en effet que ces contrats sont passés par « *l'État ou un établissement public de l'État* » et le nouvel article L. 1414-1 du CGCT qu'elle crée s'applique aux « *personne[s] publique[s]* ». On remarquera que, comme c'est le cas pour les délégations de service public, tous les établissements publics étatiques sont visés, sans considération de leur caractère administratif ou industriel et commercial.

Cette différence de critère organique, topique de la différence d'approche entre un droit communautaire pragmatique à visée finaliste et un droit interne fondé sur la personnalité morale de droit public, n'aide pas à une classification. La résistance du droit interne face aux dispositions communautaires n'est pourtant pas complète puisque les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices qui ne sont pas visées par le code se voient appliquer le droit des marchés publics, mais par des textes spéciaux, en dehors du code.

## **B) Les personnes publiques intégrées dans le droit des marchés publics**

**399.** La conséquence logique de la différence de définition organique des marchés publics en droit interne et en droit européen est que toutes les personnes visées par les directives ne rentrent pas dans le champ d'application du Code des marchés publics. Le choix du législateur interne a donc été de créer une législation parallèle au Code pour les personnes non visées par celui-ci, séparant ce-faisant le droit des marchés dans deux familles de textes distinctes. Si le code a eu quelques difficultés à rester cohérent – puisqu'il ne l'est en fait redevenu qu'en 2001 – c'est surtout au sein des textes en dehors du code que l'on éprouve le plus de difficulté à trouver une unité. Ces législations ont eu pour seul objectif la transposition des directives, la recherche d'une cohérence générale a par conséquent été presque absente de l'écriture de ces textes au profit d'une transposition « point à point ». C'est la raison pour laquelle les dispositions sur les personnes publiques sont éparpillées : certaines visent les établissements industriels et commerciaux nationaux (1) d'autres visent, au cas par cas, les autres personnes publiques *sui generis* (2).

### **1) L'inclusion des EPIC nationaux dans le droit des marchés publics français**

**400.** Les établissements publics industriels et commerciaux nationaux font partie des rares personnes publiques qui ne sont pas soumises au Code des marchés publics<sup>272</sup>. Pourtant, ils sont à plusieurs titres soumis aux directives européennes, soit

---

est venu mettre en place un « *organisme expert* ». Notons que cette ordonnance a été contestée au contentieux et que le Conseil d'État a jugé de sa légalité dans un arrêt du 19 octobre 2004 *Jean-Pierre Sueur et autres*, req. n° 269814, 271119, 271357 et 271362.

<sup>272</sup> Cf. *infra*

comme « entités adjudicatrices » de la directive secteurs spéciaux (a), soit comme « pouvoirs adjudicateurs » de la directive secteurs classiques. (b)

**a) Les EPIC nationaux dans les secteurs spéciaux depuis la loi du 11 décembre 1992**

**401.** La définition des entités adjudicatrices posée par la directive « secteurs spéciaux » intègre à plusieurs titres les EPIC dans son champ d'application. Si l'on se place dans les cas où les autres critères de la directives sont remplis – notamment dans le cadre d'une activité dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et au dessus des seuils de passation communautaire – les EPIC peuvent être soit des organismes de droit public, soit des associations regroupant des pouvoirs publics et des organismes de droit public, soit des entreprises publiques, soit enfin des titulaires de droits exclusifs et spéciaux ou alimentant des réseaux en bénéficiant.

**402.** Ils peuvent tout d'abord être des organismes de droit public dans les hypothèses dans lesquelles, alors qu'ils sont qualifiés d'EPIC ils exercent, au regard du droit européen, une « activité autre qu'industrielle et commerciale »<sup>273</sup>. La qualification d'association regroupant des pouvoirs publics est semble-t-il théorique, et si l'on s'en réfère à la position de certains Avocats généraux à la Cour de Justice elle est même impossible puisque les établissements publics ont une personnalité morale et que selon leurs conclusions seules les entités sans personnalité morale peuvent être qualifiées « d'associations »<sup>274</sup>. En revanche, la possibilité que les EPIC soient qualifiés d'entreprise publique est non seulement possible mais pour ainsi dire automatique. Si l'on considère en effet le critère posé par la directive pour la qualification d'entreprise publique, à savoir celui de l'influence dominante sur l'entité, on constate que l'État a bien cette influence, non seulement du fait de la propriété, mais aussi du fait de la participation financière et des règles qui régissent les établissements publics en général<sup>275</sup>. L'automaticité de la qualification est de fait tout autant acquise si l'on considère que tous les EPIC nationaux bénéficient de droits exclusifs et spéciaux et que l'on a du mal à imaginer qu'ils n'en conservent pas dans l'avenir, sauf à nier l'intérêt de préserver pour ces entreprises le statut d'EPIC.

---

<sup>273</sup> Cf. *supra* b) pour une analyse plus précise dans le cadre des secteurs classiques

<sup>274</sup> Su ce point, voir notre opinion contraire à celle de l'Avocat général A. LA PERGOLA, à l'occasion de l'arrêt CJCE 10 novembre 1998 *Gemeente Arnhem*, cf. *infra*.

<sup>275</sup> Ces trois critères de la propriété, de la participation financière ou des règles qui régissent l'entité sont ceux posés à l'article 1<sup>er</sup> point 2 de la directive 93/38

**403.** Partant de ces analyses, l'article 1-3° de la loi du 11 décembre 1992<sup>276</sup> inclut dans le champ d'application de ce texte « *Les exploitants publics et les établissements publics de l'État ayant un caractère industriel et commercial* ». À bien y penser d'ailleurs, le législateur aurait eu mauvaise grâce à imposer ces réglementations de « marchés publics » à des personnes privées sans y soumettre *a fortiori* l'ensemble des personnes publiques. Cette généralisation de l'application de la loi de 1992 à tous les EPIC nationaux a d'autant plus d'importance que nombre d'entre eux, et notamment les plus importants, ont une activité dans les « secteurs spéciaux ». Il en est notamment ainsi de EDF, GDF, la SNCF, ADP ou RFF qui sont par conséquent soumis obligatoirement à des procédures de passations au dessus des seuils communautaires. Cette obligation n'a d'ailleurs pas fondamentalement changé les pratiques internes de ces entreprises qui, dans un souci de bonne gestion et comme nombre de grandes entreprises privées, se soumettaient déjà à des procédures propres. Le changement a donc été de deux ordres puisque ces procédures ont été modifiées et qu'elles sont devenues partiellement obligatoires.

Pour autant, d'autres établissements nationaux n'ont pas une activité dans les secteurs spéciaux, ce qui leur a pendant longtemps évité par principe une soumission à des procédures de passation<sup>277</sup>. Cette période est partiellement révolue, ils sont aujourd'hui également soumis à des procédures lorsqu'ils remplissent les critères imposés par le droit communautaire.

#### ***b) L'inclusion partielle des EPIC nationaux dans les secteurs classiques depuis 2001***

**404.** Avant 2001, les EPIC nationaux n'étaient soumis à aucun texte leur imposant des procédures de passation. La plupart respectaient des procédures internes, mais elles ne venaient pas de contraintes extérieures du fait de la mauvaise interprétation du droit communautaire qui prévalait. (α) Après la loi Murcef, les EPIC ont été soumis à la loi du 3 janvier 1991, même si leur soumission au Code des marchés publics aurait pu tout aussi bien devenir la règle (β).

##### *α) La situation antérieure à 2001*

**405.** Deux raisons expliquent que les EPIC nationaux n'aient pas été soumis à des procédures de passation en dehors des secteurs spéciaux avant la loi MURCEF de 2001<sup>278</sup>. La première raison est ce que certains appelleront la tradition française - même si

<sup>276</sup> Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992, *Relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* ; J.O. n° 289 du 12 décembre 1992, modifiée par la loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 pour transposer les directives « services » et « fournitures » ; ainsi que par la loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 pour rectifier l'article 1<sup>er</sup> point 3° qui nous intéresse et préciser que les établissements publics industriels et commerciaux qui rentraient dans le champ d'application de la loi n'étaient que les établissements « de l'État » ce qui excluait les EPIC locaux.

<sup>277</sup> Au moins autres que celles qu'ils s'imposaient

<sup>278</sup> Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* dite « MURCEF », J.O. numéro 288 du 12 décembre 2001 p. 19703.

au fond elle n'était formalisée que depuis peu ce qui la rapproche plus d'une résistance française - qui, comme aujourd'hui, n'incluait pas ces personnes publiques dans le Code des marchés publics. La seconde raison est l'interprétation qui a été faite de la notion d'organisme de droit public au moment de la rédaction de la loi de 1991. Le fait de comprendre l'expression « *activité autre qu'industrielle et commerciale* » comme excluant les EPIC des directives a en effet conduit à une transposition erronée<sup>279</sup>.

Cela étant, cette erreur était doublement excusable. En effet, d'une part elle trouvait son origine dans le droit communautaire lui-même puisque la liste des organismes de droit public issue de l'annexe de la directive de 1997 ne comprend que des établissements publics administratifs et que l'interprétation de cette notion date de l'arrêt de la Cour de justice *Arnhem*, postérieur à tous ces textes<sup>280</sup>. D'autre part, cette erreur d'interprétation avait au moins l'avantage de conserver une *summa divisio* du droit français : la différence entre le Code des marchés publics auquel sont soumises les personnes publiques et la loi du 3 janvier 1991 qui ne traitait que de personnes de droit privé<sup>281</sup>. C'est ainsi que par un renversement étonnant des termes, les « *organismes de droit publics* » ont été transposés dans la loi sous la qualification « *d'organisme de droit **privé** créé en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général, ayant un caractère autre qu'industriel et commercial [...]* ». La volonté d'exclure expressément les EPIC de cette loi est particulièrement claire dans cette rédaction.

β) *L'inclusion de certains EPIC de l'État dans le droit communautaire des marchés publics : le choix du mode de transposition*

**406.** La nouvelle interprétation du droit communautaire devait être transposée en droit français. Pour cela, il fallait trouver le moyen le plus intéressant de soumettre les EPIC nationaux dans les secteurs classiques aux mesures de publicité au dessus des seuils communautaires<sup>282</sup>. Une alternative se présentait : soit inclure les EPIC qui correspondaient à la notion d'organisme de droit public dans le champ d'application du Code, soit les intégrer dans celui de la loi de 1991. Il fallait peser l'une et l'autre des solutions.

<sup>279</sup> Sur l'interprétation communautaire du besoin autre qu'industriel et commercial, Cf. *infra* § 1er

<sup>280</sup> Cette liste datant de 1997, elle ne prenait pas en compte l'interprétation actuelle de l'organisme de droit public tel que précisé par l'arrêt de la Cour de justice *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c/ BFI Holding*, affaire C-360/96 en date du 10 novembre 1998, rec. 1998 p. I-6821. De surcroît, cette liste des organismes de droit public en annexe de la directive 97/52 contient des erreurs. Il en est ainsi par exemple de la Réunion des musées nationaux qui y est cité alors qu'il s'agit d'un établissement public industriel et commercial depuis 1990. C'est peut-être le rôle « spécifique » de conservation qui a primé sur le caractère de musées payant exposant des oeuvres au public, il n'en demeure pas moins qu'il y a là une entorse dans une liste ne devant contenir – par une mauvaise appréciation – que des établissements publics administratifs. Cette double erreur rétablit au moins pour RMN la juste appréciation communautaire.

<sup>281</sup> quand bien même ces personnes privées ne seraient que des groupement de personnes publiques (art. 9, point a de cette loi).

<sup>282</sup> Toujours dans la mesure où il y aurait une activité autre qu'industrielle et commerciale.



**407.** La solution de l'intégration dans le code avait pour elle des avantages importants. Le premier d'entre eux était de respecter la différence que l'on faisait en droit interne entre les personnes publiques et les personnes privées, les premières soumises au code, les secondes non. Pourtant, la cohérence que cela aurait alors apportée restait limitée : pour respecter le droit communautaire, il n'aurait pas fallu intégrer l'ensemble des EPIC, mais seulement ceux « *ayant une activité autre qu'industrielle et commerciale* ». Si la soumission de tous les EPIC au code aurait été intéressante pour la cohérence interne (poser un principe de soumission au code de toutes les personnes publiques) et la création d'une forme d'unité dans toute la commande publique (le champ d'application du Code des marchés devenant le même que celui des délégations de service public), la soumission partielle des EPIC retirait à cette modification une grande partie de son intérêt.

**408.** La seconde branche de l'alternative consistait à inclure la soumission des EPIC dans les lois spéciales qui transposent déjà le droit communautaire applicable aux personnes privées, et spécialement dans la loi du 3 janvier 1991. C'est celle qui a été choisie<sup>283</sup>. On peut cependant reprocher à cette solution le fait qu'elle porte atteinte à la cohérence de la loi de 1991 qui, de ce fait, ne s'applique plus seulement à des personnes privées. L'argument qui a été le plus couramment avancé en faveur de cette solution est que les EPIC, en tant « qu'entreprises », ont intérêt à être soumis à cette loi et non au Code, dans la mesure où les procédures de passation qu'elle impose sont moins contraignantes que celles du Code. L'argument n'est à notre avis que rhétorique : les seuls EPIC pouvant être des *organismes de droit public* n'ont, par définition, que peu d'activité industrielle et commerciale. Il n'y a pas, par conséquent, de raison tellement impérieuse à vouloir leur sauvegarder une souplesse de gestion. On pourrait même aller plus loin et considérer qu'au contraire, la soumission au Code contribuerait à rendre au droit public une partie de « l'action administrative » qui doit lui revenir normalement.

En réalité, cette transposition dans la loi de 1991 est issue d'un choix politique dans lequel il faut voir une double volonté : d'une part, celle de ne pas aller plus loin que ce que requerrait le droit communautaire, tout en essayant de conserver au maximum les conséquences de cette originalité des EPIC et, d'autre part, la volonté de préserver le mythe du Code en ne lui modifiant pas son champ d'application organique, seul élément qui n'avait pas encore été modifié par le droit communautaire.

**409.** Sans faire une liste exhaustive des établissements publics en cause, on peut se demander quels sont ceux qui ont, en droit interne, un statut industriel et commercial tout en ayant une activité « *autre qu'industrielle et commerciale* ». L'existence de ces établissements publics est fonction de deux éléments : d'abord de la méthode de distinction entre les EPIC et les EPA<sup>284</sup>, à savoir le faisceau d'indices<sup>285</sup>, ensuite de la

---

<sup>283</sup> Pour une excellente analyse du champ d'application et des conséquences de cette modification législative, Cf. J.-L. TIXIER et F. TENAILLEAU, « Les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État après la loi MURCEF – le clair obscur de la dépendance étroite à l'égard du droit communautaire », *Contrats et marchés publics*, juin 2002 p. 4 Chron. n° 7.

<sup>284</sup> Ce qui sera dit ici pour les EPA est en réalité parfaitement applicable à tous les établissements « autres qu'industriels et commerciaux », c'est-à-dire aussi bien les établissements publics à caractère culturels, à caractère scientifique et technique, à caractère scientifique, culturel et professionnel (ces

diversité des missions dévolues à certains établissements publics. Il existe donc deux cas dans lesquels un EPIC peut ne pas avoir d'activité industrielle et commerciale : soit celui des établissements publics à « *visage inversé* », c'est-à-dire exactement le cas d'un établissement qualifié d'EPIC mais qui a des activités administratives<sup>286</sup> ; soit celui des établissements « *à double visage* », c'est-à-dire qui exercent à la fois des activités administratives et industrielles et commerciales<sup>287</sup>.

**410.** Pour cette seconde catégorie d'établissements publics, la situation est bien différente en droit interne et en droit communautaire, ce qui n'est pas sans poser quelques problèmes de transposition. Depuis la reconnaissance des établissements « *à double visage* » par un arrêt du Tribunal des conflits de 1959<sup>288</sup>, et surtout depuis la note de M. WALINE sous cet arrêt, on sait que pour ces établissements publics la nature de l'établissement n'est que partiellement la source du régime auquel il est soumis.

Tous les établissements publics à double visage ont un caractère prépondérant, et c'est ce caractère qui conditionne le régime fiscal, le régime comptable et financier ainsi que le régime du personnel<sup>289</sup> de l'établissement dans son ensemble. En dehors de cela, ce n'est pas la nature principale de l'établissement, mais celui du service public qui détermine la compétence contentieuse et le droit applicable dans les litiges avec les usagers et les tiers. Ainsi, dans le cadre d'un établissement public à double visage, on aura une compétence administrative ou judiciaire selon l'activité en cause. Cette distinction n'est pourtant valable que pour les véritables établissements publics à double visage. Un établissement public administratif qui a quelques activités industrielles et commerciales annexes reste soumis, même dans l'exercice de ces dernières, à la juridiction et au droit administratif. Un établissement public n'est donc incontestablement « *à double visage* » que lorsque la juridiction a reconnu qu'il gère un deuxième service public de nature différente. On ne saurait alors suivre les deux auteurs de la note sous l'arrêt *Berger* lorsqu'ils interprètent cet arrêt comme étant un retour au critère de la nature – administrative ou industrielle et commerciale – du service public, au détriment de la nature de l'établissement public.

---

deux derniers étant deux qualifications applicables aux universités) ou à caractère social et sanitaire. Cf. sur ce point, R. CHAPUS, *DAG 1, Montchrestien*, 15<sup>e</sup> ed. 2001 n° 500.

<sup>285</sup> On a vu qu'un établissement public pouvait être ainsi qualifié d'EPIC sans que son activité soit industrielle et commerciale, cela parce que l'activité de l'établissement n'est qu'un élément parmi d'autres dans la distinction entre EPIC et EPA.

<sup>286</sup> Le professeur R. CHAPUS critique abondamment l'existence de ces établissements publics qui sont qualifiés d'industriels et commerciaux dans le seul but de les soumettre au droit privé alors même que l'activité qu'ils exercent est uniquement ou essentiellement administrative. Cf. *Droit administratif général*, Paris, *Montchrestien coll. Domat droit public*, 15<sup>e</sup> ed. n° 498.

<sup>287</sup> Pour une liste de ce type d'établissements publics, Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, *Montchrestien coll. Domat*, 15<sup>e</sup> ed. 2001 n° 498. On peut citer rapidement l'ONF pour ses rôles d'exploitation des ressources des forêts et pour ceux de protection et surveillances de celles-ci ; les ports autonomes (CE Sect. 17 avril 1959 *Abadie*, rec. p. 239, concl. J.-F. HENRY, CE 26 juin 1974 *Port autonome de Marseille*, rec. p. 369) ; les chambres de commerce et d'industrie ou de nombreux offices professionnels, notamment ceux régis par la loi du 6 octobre 1982 dans le secteur agricole et alimentaire.

<sup>288</sup> TC 23 novembre 1959 *Société mobilière et immobilière de meunerie*, rec. p. 870, RDP 1960 p. 676 note M. WALINE.

<sup>289</sup> Depuis l'arrêt CE du 4 juillet 1986 *Berger*, rec. Tables p. 564, *Dalloz* 1988 p. 90 note E. FATÔME et J. MOREAU, la deuxième partie du commentaire étant spécifiquement sur ce point.

**411.** La soumission d'un établissement public à deux régimes contractuels distincts est en revanche impossible en droit communautaire. On l'a vu, l'arrêt *Mannesmann*<sup>290</sup> refuse qu'un organisme de droit public – et partant en droit interne un établissement public – soit soumis à des procédures différentes selon son activité ; s'il en a deux, c'est le caractère prépondérant qui doit dominer et c'est le régime de ce caractère que l'on doit appliquer à l'ensemble des activités.

Si, en droit interne, une grande partie des établissements publics industriels et commerciaux qui ont une « activité autre qu'industrielle et commerciale » sont des établissements publics à double visage, on doit déterminer au regard du droit communautaire pour l'ensemble de leur activité s'ils sont, ou non, des organismes de droit public. Le juge va en effet devoir non seulement les qualifier ou ne pas qualifier l'établissement public d'organisme de droit public en fonction des critères communautaires repris dans la loi de 1991, mais il va de plus devoir se limiter à une seule qualification pour l'ensemble de ses activités. Ainsi, du fait de la modification de la loi du 3 janvier 1991 par la loi MURCEF, on va voir se développer des établissements publics à double visage qui, dans le cadre du droit des marchés publics, ne vont plus conserver qu'un seul de leurs visages. Cela ne manquera pas de poser la question de l'opportunité de cette catégorie d'établissements publics fluctuants et de relancer le mouvement de « filialisation » des activités industrielles et commerciales des établissements publics administratifs.

**412.** Pour ce qui concerne les établissements publics « à visage inversé », leur existence qui était déjà contestée en droit interne se voit tout simplement rendue inutile par le droit communautaire en matière de marchés publics. Depuis l'arrêt *Berger* rendu par le Conseil d'État en 1986<sup>291</sup>, on sait que le juge administratif accepte de revenir sur la qualification réglementaire d'EPIC d'un établissement public pour le qualifier d'EPA et le soumettre plus largement au droit administratif. Cela revenait sur l'idée que le pouvoir réglementaire pouvait créer un établissement public à visage inversé. En revanche, comme le précisait le Conseil d'État dans son rapport public pour 1990<sup>292</sup>, le législateur pouvait pour sa part créer « par commodité » ce type de dérogation. Or la décision du Conseil constitutionnel *loi relative à l'archéologie préventive* du 16 janvier 2001 peut être interprétée comme revenant sur ce point. Si l'on s'en réfère à la position du professeur E. FATÔME<sup>293</sup>, en constatant que l'établissement public créé et qualifié d'EPIC par cette loi remplit bien les critères de ce type d'établissement public, le Conseil constitutionnel a implicitement accepté de contrôler que la qualification légale de l'établissement concordait bien avec les

<sup>290</sup> CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, rec. 1 p. 73 concl. Ph. LÉGER, *CJEG* 1998 p. 239 note Ch. BRÉCHON-MOULÈNES et L. RICHER, points 32 à 34

<sup>291</sup> CE du 4 juillet 1986 *Berger*, rec. Tables p.564, *Dalloz* 1988 p. 90 note E. FATÔME et J. MOREAU (Il s'agit de l'autre apport de l'arrêt précité note 289, apport qui correspond à la première partie de la note). La jurisprudence a ensuite été constante dans ce sens, non seulement pour le Conseil d'État (Cf. CE 6 février 1987 *Maurice*, *JCP* 1988.II.20971), mais aussi pour le Tribunal des conflits (Cf. TC 26 octobre 1987 *Centre français du commerce extérieur*, *JCP* 1988.II.21042, note J. DUFAU).

<sup>292</sup> EDCE 1991 p. 21

<sup>293</sup> E. FATÔME « La détermination du caractère des établissements publics. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 2001 « loi relative à l'archéologie préventive », *AJDA* 2001 p. 222

critères habituels de distinction entre EPA et EPIC, à savoir l'analyse de « [...] *sa mission, [...] ses modalités d'intervention et [...] l'origine de ses ressources* ». Si l'on suit cette interprétation, un établissement public à visage inversé est illégal s'il est créé par le pouvoir réglementaire et inconstitutionnel s'il est créé par la loi<sup>294</sup>. Sauf à ce qu'une loi qui en crée un ne soit pas soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, on ne devrait plus trouver ce type d'établissement en droit français.

Le droit communautaire ne fait pour sa part aucun cas de la qualification interne. En effet, en se limitant à l'analyse de l'activité pour rechercher si une entité est un organisme de droit public - même si comme on l'a vu il a une vision extensive de l'activité qui le conduit quasiment à l'analyse d'un faisceau d'indices - peu lui importe la qualification interne posée par l'acte constitutif de l'établissement. C'est ainsi qu'il va effectivement voir dans certains établissements publics qualifiés d'EPIC mais en réalité EPA des organismes de droit public, ces derniers ayant une « *activité autre qu'industrielle et commerciale* ».

Si le cas des établissements publics est certainement le plus courant et le plus symbolique des différences entre les droits interne et communautaire, la question se pose aussi dans d'autres cas particuliers.

## 2) *Les autres personnes morales de droit public*

**413.** Outre les grandes catégories de personnes morales de droit public que nous avons détaillées, il existe dans notre droit des cas isolés de personnes publiques qui sont elles-aussi soumises au droit communautaire des marchés publics par application de son « critère organique fonctionnel »<sup>295</sup>. Ces personnes *sui generis* sont relativement récentes puisque traditionnellement toutes les personnes publiques qui n'étaient pas des collectivités territoriales ou l'État étaient des établissements publics. Or pour éviter de soumettre certains organismes au régime général des établissements publics, le législateur et la jurisprudence ont considéré qu'il fallait briser cette division trop simple, même si l'on perdait en clarté. Il n'existe aujourd'hui – malgré des hésitations passées – que deux types de personnes publiques *sui generis* : les GIP (a) et la Banque de France (b).

---

<sup>294</sup> Cette interprétation n'est pourtant pas aujourd'hui certaine, d'aucuns espérant au contraire que le Conseil constitutionnel prendrait une position inverse, Cf. O. DUGRIP, *La notion des règles concernant la création de catégories d'établissements publics dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Mélanges Drago, Paris, Economica, 1996 p. 369

<sup>295</sup> Nous entendons par là que, pour la qualification d'organisme de droit public, c'est-à-dire pour déterminer le critère organique, il faut prendre en compte la mission de l'organisme, c'est-à-dire un critère fonctionnel.

**a) Les Groupements d'intérêt public**

**414.** La catégorie des Groupements d'intérêt public regroupe en réalité des entités aux statuts différents puisqu'aucun texte n'a posé de statut général applicable à tous<sup>296</sup>. On peut pourtant définir ces entités de manière générale : ce sont des personnes morales de droit public<sup>297</sup> regroupant des personnes publiques et, mais ce n'est pas obligatoire, des personnes privées. Les GIP se distinguent donc des sociétés d'économie mixte à la fois par leur statut de droit public et par l'absence d'obligation de mixité dans leur composition.

Leur mise en place dans de nombreuses lois depuis le milieu des années 1980<sup>298</sup> a conduit à se poser la question de leur soumission au droit des marchés publics, interne d'abord, communautaire ensuite. Le caractère restrictif du champ d'application du code des marchés publics a rapidement conduit à considérer que, n'étant expressément pas assimilés à des établissements publics, les GIP n'étaient pas soumis à ce code. Or comme de leur statut de personne publique on pouvait aussi déduire qu'ils n'étaient pas soumis à la loi du 3 janvier 1991, et comme aucun de ces GIP n'avait d'activité dans les « secteurs spéciaux », on pouvait conclure qu'aucune disposition ne leur imposait de procédure de passation<sup>299</sup>.

**415.** Cette situation ne pouvait satisfaire le droit communautaire puisqu'une analyse, même rapide, montre que les GIP rentrent facilement dans la catégorie des organismes de droit public. Ils sont en effet fortement dépendants de la puissance publique, par leurs compositions comme par leurs financements ou leurs contrôles. Le seul point qui pourrait faire difficulté serait que lorsqu'ils agissent dans un secteur économique, leurs activités se doivent de rester « *autres qu'industrielles et commerciales* ». Or même lorsqu'ils

---

<sup>296</sup> On notera toutefois à la suite de certains auteurs que la quasi totalité des lois créant des GIP font une référence plus ou moins directe à l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 *d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France* qui crée le premier GIP et en pose les règles. Ce texte a été modifié par la loi 96-142 du 21 février 1996.

<sup>297</sup> Leur qualité de personne publique a été reconnue par le Conseil d'État dans un avis n° 338.385 du 15 octobre 1985, *EDCE* n° 34 p. 169, *Les grands avis du Conseil d'État*, 1<sup>ère</sup> ed. 1997, n° 20 p. 211, non repris dans la 2<sup>e</sup> édition de 2002. Paradoxalement, alors que l'intérêt de la formule du GIP est de se détacher du régime de l'établissement public, cet avis qui reconnaît leur existence propre en tant que personne publique les assujettit aux mêmes dispositions que les établissements publics pour l'application de l'article 34 de la Constitution. La jurisprudence est ensuite venue confirmer cette position, d'abord avec le Conseil d'État dans un arrêt du 1<sup>er</sup> décembre 1997 *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales*, puis plus clairement encore avec le Tribunal des conflits le 14 février 2000, *GIP habitat et intervention sociales pour les mals-logés et les sans-abris c/ Mme Verdier*, *AJDA* 2000 p. 465, Chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN, p. 410 et s.; *JCP (G)* 2000.II.10301, note EVENO, *Droit administratif* 2000 comm. n° 58, *RTDCom* 2000 p. 602 note ORSINI, *AJFP* 2000 p. 13 note MEKHANTAR ; J.-Y. GEGOUT « Nouvelles réflexions sur les GIP après la décision du Tribunal des conflits du 14 février 2000 », *LPA* 4 janvier 2001 p. 5.

<sup>298</sup> Pour des typologies des lois créant les GIP, cf. B. JORION, « Les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », *AJDA*, 2004, n° 6 pp. 305-314 ; *Droit des marchés publics*, ed. du *Moniteur*, fasc II.200.2/11 ; R. CHAPUS, *DAG 1*, Paris, *Montchrestien coll. Domat droit public*, 2001, 15<sup>e</sup> ed. n° 496.

<sup>299</sup> C'est notamment la position d'une réponse ministérielle faite à la sénatrice M.-C. BEAUDEAU le 19 avril 2001, *J.O. Sénat*, question écrite n° 30665 p. 1336, reprise le 5 avril 2001 à une réponse de la même sénatrice (question n° 30350 p. 1177), au *BJCP* n° 17, juillet 2001, p. 364.

agissent dans un tel secteur, les GIP gardent essentiellement un rôle d'organisation par la coopération, et non un rôle d'opérateur. Si certains pourraient avoir un rôle effectif sur le marché, ce rôle resterait, en l'état actuel des différentes lois mettant en place les GIP, une activité tout à fait annexe à son activité « administrative »<sup>300</sup>. L'arrêt *Mannesmann* imposant que l'on considère l'entité adjudicatrice dans son ensemble et que l'on ne distingue pas selon ses rôles, c'est bien l'activité « administrative » qui prévaudrait sur l'éventuel rôle « industriel et commercial ».

**416.** La loi MURCEF<sup>301</sup>, qui modifiait déjà le droit applicable aux établissements publics industriels et commerciaux de l'État ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, a aussi fait évoluer le droit applicable aux GIP. La modification de l'article 9 de la loi de 1991 n'intègre en effet pas seulement les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État mais aussi expressément les groupements d'intérêt public lorsqu'ils remplissent les conditions posées par les directives pour être un « organisme de droit public ».

Comme pour les EPIC, le législateur a donc limité l'application du droit des marchés publics aux strictes exigences du droit communautaire, c'est-à-dire seulement au-dessus des seuils et avec des contraintes moins grandes que celles imposées par le code des marchés publics. Cette transposition a une nouvelle fois pour intérêt de ne pas modifier le champ d'application organique du code des marchés mais cette solution apparaît plus contestable que pour les EPIC. On peut en effet remarquer que les GIP, s'ils n'avaient pas été reconnus comme des personnes *sui generis* auraient été des établissements publics administratifs et que, partant, ils auraient été soumis au Code des marchés publics. Cette circonstance n'a pas été prise en compte par le législateur. À partir du moment où on a voulu soumettre les GIP à un droit différent de celui des établissements publics, la logique est bien de transposer *a minima* les directives ; c'est en tout cas le choix du législateur.

L'autre personne publique qualifiée de *sui generis* par la jurisprudence est la Banque de France, institution dont il a bien fallu aussi régler le sort en matière de marchés publics.

#### **b) La Banque de France**

**417.** La situation de la Banque de France au regard du droit des marchés publics est très comparable à celle des GIP. Le statut de cette banque créé en 1800 par Napoléon a en effet toujours été original par rapport aux autres institutions, qu'elles soient

---

<sup>300</sup> C'est aussi à cette conclusion qu'arrive B. JORION, comme le titre de son article le laisse entendre, in « Les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », *AJDA*, 2004, n° 6 pp. 305-314

<sup>301</sup> Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* dite « MURCEF », *J.O.* numéro 288 du 12 décembre 2001 p. 19703, spécialement son article 8.

publiques ou privées<sup>302</sup>. Cette originalité s'est encore renforcée en 1993 avec un nouveau statut visant à l'intégrer au mieux dans le système européen de banques centrales et qui précise que « *la Banque de France est une institution dont le capital appartient à l'État* ». Cette qualification unique d'institution de l'État<sup>303</sup> a posé problème en droit des marchés publics dans la mesure où elle ne correspondait à aucune des personnes visées par le code. Certes, le Tribunal des conflits a apporté une importante précision en qualifiant cette institution de personne publique en 1997<sup>304</sup>, mais cela n'a que partiellement résolu le problème de la soumission de ses marchés à des procédures de passation<sup>305</sup>.

Pour ce qui est du droit interne, le Conseil d'État a estimé dans un avis du 9 décembre 1999<sup>306</sup> que cette qualification avait pour conséquence l'inapplicabilité du Code des marchés publics. Cette situation est aujourd'hui considérée comme identique sous l'empire du nouveau code.

Le droit communautaire en revanche ne se satisfaisait pas réellement de cette situation puisque la Banque de France est, au sens des directives « marchés publics » un organisme de droit public. Son activité est en effet à la fois administrative et industrielle et commerciale, mais, comme le remarque le Conseil d'État dans son avis de 1999<sup>307</sup>, les missions de service public dont elle est chargée « *ont principalement pour objet la mise en oeuvre de la politique monétaire, le bon fonctionnement des systèmes de compensation et de paiement et la stabilité du système bancaire* » ce qui fait de l'ensemble de l'institution une entité « créée spécifiquement pour satisfaire un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial ». Pour ce qui est du critère de « l'influence publique », il suffit de se rapporter au mode de nomination des Gouverneurs et Sous-Gouverneurs, du Conseil de la politique monétaire ou du Conseil général<sup>308</sup> pour constater qu'ils sont bien « *composés de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État (...)* ».

**418.** Partant de cette constatation, la loi MURCEF est donc aussi intervenue pour la Banque de France en la soumettant, comme les GIP et les EPIC nationaux qui ont une activité autre qu'industrielle et commerciale, aux dispositions de la loi du 3 janvier 1991<sup>309</sup>. Encore une fois, les personnes publiques *sui generis* démontrent l'interprétation

<sup>302</sup> Voir sur ce point M. LOMBARD, « Le nouveau statut de la Banque de France », *AJDA*, 1994, n° 7, pp. 491-495 ; P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz coll. Précis, 1998 n° 368 à 371 ; M. LOMBARD, « L'autonomie de la Banque de France », *LPA*, 20 juin 1994, n° 73 spécial. p. 33.

<sup>303</sup> Cette qualification, légèrement différente de celle du texte de la loi, est celle du Conseil constitutionnel, in décision n° 93-324 DC du 3 août 1993, 15<sup>e</sup> considérant, rec. 1993 p. 208.

<sup>304</sup> TC 16 juin 1997 *Société La fontaine de Mars, M et Mme Muet c/ Banque de France*, *RFDA* 1997 p. 823, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; *CJEG* 1997 p. 363, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA.

<sup>305</sup> Pour être plus précis, la reconnaissance de la personnalité morale de droit public à la Banque de France ne nous indique qu'une chose : elle n'a pas la personnalité morale de l'État et ne lui est pas assimilée pour l'application du Code des marchés publics.

<sup>306</sup> Assemblée générale (Section des finances) Avis n° 363 834 du 9 décembre 1999, *EDCE* 2000 p. 211.

<sup>307</sup> *ibid*, n° 1)

<sup>308</sup> Pour une description des modes de nomination et du rôle de ces organes, Cf. P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz coll. Précis, 1998 n° 372.

<sup>309</sup> L'article 8 de la loi MURCEF modifie l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991 en créant un « *b) la banque de France* ».

stricte qu'il faut avoir de l'article 1 du Code des marchés publics et la résistance du droit interne à propos de son évolution.

### C) Une limite au critère organique : la notion de maître de l'ouvrage

419. Alors que le droit communautaire ne se préoccupe pas de la maîtrise d'ouvrage, cette notion prend une place tout à fait particulière dans le droit français des marchés de travaux. Il est en effet possible de considérer qu'elle est partie intégrante du critère organique pour ce type de contrats. La rédaction du code de 2001 qui met d'ailleurs en avant ce critère, va sur ce point bien plus loin que ne le faisait le code de 1964. L'actuel article 1<sup>er</sup> II précise en effet que ne sont des marchés de travaux que ceux réalisés « à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage »<sup>310</sup>.

#### 1) La notion de maîtrise d'ouvrage

420. La notion de maîtrise d'ouvrage est aujourd'hui précisée à l'article 2<sup>e</sup> de la loi MOP<sup>311</sup> : « le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier<sup>312</sup>, pour laquelle l'ouvrage est construit ». Cette approche large sonne presque comme une lapalissade et l'on pourrait considérer qu'il n'y a pas de limitation du critère organique du code des marchés. La suite de l'article 2 et la jurisprudence postérieure ont cependant précisé les rôles du maître de l'ouvrage et, partant, ont limité le champ d'application du Code des marchés publics<sup>313</sup>.

L'article 2 de la loi MOP fixe une série de missions dont est chargé le maître de l'ouvrage, missions faisant partie du rôle « dont il ne peut se démettre »<sup>314</sup>. Parmi ces missions figurent notamment le fait de s'assurer de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération, de fixer la localisation, de déterminer le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière

<sup>310</sup> Article 1<sup>er</sup> II « les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage [...] ». Il faut bien entendu ajouter à la personne exerçant la maîtrise d'ouvrage son éventuel mandataire s'il respecte les conditions de la loi MOP, cf. *infra*.

<sup>311</sup> Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 13 juillet 1985. Cette définition large est par ailleurs quasiment identique dans l'article 2 du CCAG Travaux, dans la norme AFNOR NF P. 03-001 et dans l'article 241-1 annexe du code des assurances. Sur ce point, cf. *Droit des marchés publics*, ed. du Moniteur, fasc. IV.210.2/1

<sup>312</sup> Notons que toutes les personnes visées par le C.M.P. font aussi partie de l'article 1<sup>er</sup> de la loi MOP

<sup>313</sup> Au delà des arrêts suivants qui précisent la notion et les missions des maîtres d'ouvrage publics, deux arrêts du Conseil d'État au moins montrent que l'on ne saurait assimiler construction d'un ouvrage « pour le compte d'une personne publique » et maîtrise d'ouvrage publique, ou, pour le dire autrement, que le maître de l'ouvrage n'est pas simplement celui qui va bénéficier de l'ouvrage. Il en est ainsi notamment dans les arrêts CE 4 octobre 1967 *Sieur Trani*, rec. p. 352 et, dans le cadre d'un arrêt postérieur à la loi MOP : CE 12 octobre 1988 *Ministre des affaires sociales c/ Société d'études, de réalisations, de gestion immobilière et de construction (SERGIC)*, rec. p. 338, commenté notamment sur ce point par E. FATÔME, « Réflexions sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et de maître de l'ouvrage », *CJEG*, avril 1990, pp. 119-124.

<sup>314</sup> Article 2, 1<sup>er</sup> alinéa *in fine*.



prévisionnelle et de conclure les contrats avec le maître d'œuvre et les entrepreneurs. Plus généralement, il doit définir le programme et les objectifs de l'opération ainsi que les différentes contraintes que l'opération se devra de prendre en compte. Or si ces missions ont été détaillées pour que les maîtres de l'ouvrage soient contraints de les respecter, la jurisprudence les a analysées à rebours en estimant qu'une personne qui ne les respectait pas ne pouvait être un maître de l'ouvrage. L'intégration de la notion dans l'article 1<sup>er</sup> du Code des marchés publics aurait ainsi pu vouloir dire que, dans le cadre des marchés de travaux, les personnes publiques soumises au Code ne pouvaient se défaire de leurs fonctions de maître de l'ouvrage telles qu'énumérées dans la loi MOP. Cela aurait conduit à un renforcement du caractère d'ordre public du Code et de ses procédures de passation, mais pas à une modification du critère organique du Code. La jurisprudence interprète pourtant ces dispositions différemment : elle estime que, dans les cas où la personne publique n'exécute pas l'ensemble de ses missions, les contrats ne sont pas soumis au Code.

La place importante donnée à la maîtrise d'ouvrage ouvre la possibilité pour de nombreux contrats de ne pas être soumis au Code des marchés publics.

## ***2) Les contrats exclus de l'application du Code des marchés publics***

**421.** L'interprétation de la notion de maître de l'ouvrage fait ainsi sortir de l'application du Code des marchés publics et de ses procédures de passation à la fois des contrats nommés issus du droit privé et des contrats innomés qui sont la preuve de l'inventivité des cocontractants et la raison d'être des contrats par rapport à l'action unilatérale. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il considéré que les Ventes en l'état futur d'achèvement (VEFA), les crédits-bails immobiliers, les nouveaux contrats de partenariat, les baux emphytéotiques et les délégations de service public n'étaient pas des marchés publics.

### ***a) La Vente en l'état futur d'achèvement***

**422.** Dans son arrêt de section du 8 février 1991 *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat d'architecture de la Haute-Garonne*<sup>315</sup>, le Conseil d'État a annulé l'acte détachable d'une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)<sup>316</sup> pour ne pas avoir été passée dans les conditions du C.M.P. Il a toutefois implicitement accepté que des VEFA pouvaient, dans certaines conditions, ne pas être soumises au Code.

---

<sup>315</sup> CE Sect. 8 février 1991 *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat d'architecture de la Haute-Garonne*, rec. p. 41, *RFDA*, 1992 p. 48, concl. M. POCHARD ; *AJDA*, 1991, pp. 579-581, obs. X. DELCROS ; *JCP* 1991.II.21738 note E. FATÔME ; *RDP*, 1991, note AUBY ; *Dalloz*, 1991, SC p. 373 obs. Ph. TERNEYRE.

<sup>316</sup> Ce contrat est issu de l'article 1601-3 du Code civil qui dispose que dans ces contrats, la propriété des ouvrages à venir est transmise à l'acheteur au fur et à mesure de la construction, et que le prix en est payé lui aussi tout au long du contrat. Cependant, l'article précise que « le vendeur conserve les pouvoirs du maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux ».

En L'espèce, l'acte détachable a été annulé parce que la personne publique avait gardé la maîtrise d'ouvrage, ce que la Haute juridiction a constaté au regard de plusieurs indices. Elle précise notamment que la personne publique a eu l'initiative du contrat, qu'elle a défini les caractéristiques de l'immeuble, que ce dernier allait devenir entièrement sa propriété en fin de contrat et qu'il était conçu pour satisfaire les besoins propres de la collectivité. Ainsi, résume l'arrêt, si « *l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres* », le contrat est un marché public et non une véritable VEFA<sup>317</sup>. À l'inverse, quand un de ces éléments manque, le contrat n'est pas un marché public et peut être conclu librement par la collectivité.

#### **b) Le crédit-bail immobilier**

**423.** Le crédit-bail est un contrat issu du droit privé dont l'objet est le financement d'un bien et qui permet à une personne (le crédit-preneur) de faire acheter ou construire un bien par une autre (le crédit-bailleur, qui est le plus souvent un organisme financier), ce dernier donnant en location le bien au premier durant toute la durée du bail, et, d'une manière ou d'une autre, lui en transmet la propriété en fin de bail<sup>318</sup>.

La question qui se pose est celle de savoir si la personne publique soumise au Code des marchés publics peut, ou non, avoir recours au crédit-bail pour financer un ouvrage, cela en lieu et place de passer un marché public de travaux. La personne publique a en effet de nombreux intérêts dans ce choix contractuel : premièrement, elle peut répartir le financement sur toute la durée du bail plutôt que d'avoir à payer un prix ; deuxièmement, les loyers qu'elle paye à l'établissement financier crédit-bailleur sont assimilés à des dépenses de fonctionnement et non d'investissement ; troisièmement, elle peut fixer des modalités de paiement des loyers en les rendant modulables en fonction des revenus de l'investissement quand il s'agit d'un service public industriel et commercial<sup>319</sup>,

---

<sup>317</sup> Cf. F. LLORENS, « Le recours des personnes publiques à la vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement : une condamnation partielle », *CJEG*, 1991, pp. 251-277 qui analyse l'arrêt dans toutes ses implications, notamment au regard de la loi MOP. L'auteur considère que le fondement de l'arrêt est le détournement de procédure.

<sup>318</sup> Cette catégorie contractuelle, issue du droit américain, a été introduite dans notre droit par la loi n°66-455 du 2 juillet 1966 *relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail*, et aujourd'hui codifiée à l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier : « *Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont : [...] 2. Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son propre compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaire de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire.* »

<sup>319</sup> Dans le domaine de traitement des déchets ou de l'énergie, la loi est venue permettre à des établissements financiers, les SOFERGIE par exemple (cf. l'article 30 de la loi du 12 octobre 1980 *relative aux économies d'énergies*, modifiée, qui met en place ces sociétés agréées par arrêtés interministériels), de passer des crédits-bails avec les personnes publiques, ce qui a permis la construction de centrales de retraitement des déchets, de réseaux de chauffage urbain ou de parcs de stationnement urbains.

ou du budget dans d'autres cas. Enfin, quatrième, cela permet à la personne publique de bénéficier d'équipements techniquement complexes en ne passant qu'un seul contrat<sup>320</sup>.

**424.** Dans le cadre de tels contrats, le détenteur de la maîtrise d'ouvrage publique va partiellement conditionner l'applicabilité du Code des marchés publics. Si l'on s'en réfère à l'article 1<sup>er</sup>-II du Code des marchés publics, l'absence de maîtrise d'ouvrage permet la non-soumission au code des marchés. Dans le cadre des crédits-bails, le Conseil d'État a considéré que la personne publique n'avait normalement pas la maîtrise d'ouvrage, cette dernière étant dès l'origine entre les mains du crédit-bailleur. Cependant, si la personne publique conserve effectivement les missions du maître de l'ouvrage, le contrat n'est pas un véritable crédit-bail. C'est notamment ce qui ressort d'un arrêt du Tribunal administratif de Melun du 19 mars 2002<sup>321</sup> et qui n'a pas d'équivalent pour les autres contrats qui nous voyons ici<sup>322</sup>. Certes, il s'agit d'un arrêt de tribunal administratif et non du Conseil d'État mais il semble que la maîtrise d'ouvrage soit ici une condition véritable à la qualification de marché public, alors que dans les autres cas, elle est plutôt déduite d'une volonté de ne pas soumettre au Code.

On peut donc dire que, lorsque le contrat de crédit-bail transmet effectivement la maîtrise d'ouvrage au crédit-bailleur, ce contrat n'est pas soumis au Code des marchés publics en tant que marché de travaux publics<sup>323</sup>. Pour autant, en tant que contrat ayant pour premier objectif le financement des travaux, le crédit-bail peut être qualifié de marché de services financiers. En effet, d'une part ce contrat ne fait aucunement partie des exceptions citées à l'article 3 du Code des marchés publics et d'autre part l'exception de la maîtrise d'ouvrage ne jouant que pour les marchés de travaux, elle ne saurait avoir d'influence pour un marché de services.

On en arrive à une conclusion en partie regrettable : dans le cas d'une mauvaise transmission de la maîtrise d'ouvrage ou d'une délégation de maîtrise d'ouvrage à la personne publique, le crédit-bail devient un marché de travaux, tandis que dans le cas d'une bonne transmission de la maîtrise d'ouvrage au crédit-bailleur, le contrat est un marché de services financiers. Si l'on devait trouver le fondement de cette situation, il est probable que l'on pourrait l'attribuer au caractère « attractif » des travaux, même depuis qu'ils ne sont plus des travaux publics. La situation devrait néanmoins se simplifier dans la mesure où le droit communautaire a une position unique sur ce point<sup>324</sup>.

---

<sup>320</sup> En réalité, cela n'est vrai que lorsque le crédit-bail ne vise pas à la construction sur le domaine public de la personne publique, faute de quoi il faut aussi passer un contrat d'occupation accordant des droits réels, ce qui rend le montage contractuel bien plus complexe. Cf. *supra* pour des développements sur les baux emphytéotiques sur le domaine public.

<sup>321</sup> TA Melun, 19 mars 2002 *Centre hospitalier Paul Giraud*, BJCP juillet 2002, n° 23 p. 270-287, 1<sup>ère</sup> espèce ; concl. A. JARRIGE, obs. Ch. MAUGÜÉ

<sup>322</sup> On verra que cela est vraisemblablement dû à la longueur des autres contrats, longueur qui n'est pas un élément essentiel des contrats de crédit-bail.

<sup>323</sup> Le professeur S. BRACONNIER, in *Droit des marchés publics*, imprimerie nationale ed. 2002 p. 92, envisage le cas où le crédit bailleur déléguerait la maîtrise d'ouvrage à la personne publique – de façon officielle cette fois-ci et non implicitement comme dans l'arrêt précité – et estime que le contrat devrait alors être passé dans les conditions du C.M.P. en tant que marché de travaux. Nous ne pouvons qu'aller dans son sens.

<sup>324</sup> Cf. *Supra*.

### c) Le contrat de partenariat

**425.** Le contrat de partenariat est une création récente dont on ne sait pas encore s'il s'agit d'une seule catégorie de contrats ou de plusieurs. *A priori*, la catégorie contractuelle est unique, issue d'une ordonnance du 17 juin 2004<sup>325</sup>. Elle a pourtant été précédée d'un certain nombre de textes qui mettent en place, dans des domaines particuliers, des contrats qui ont de nombreux points communs avec la catégorie d'aujourd'hui et qui sont appelés sous le terme générique de « partenariats public-privé »<sup>326</sup> par imitation de l'expression anglo-saxonne équivalente<sup>327</sup>. On peut regrouper l'ensemble de ces contrats, y compris les contrats de partenariats, sous le « contrats globaux ».

Les caractéristiques communes à tous ces contrats sont de plusieurs ordres. D'abord ils sont tous des contrats qui transfèrent une « mission globale » qui comprend au moins deux éléments parmi les trois suivants : premièrement le financement, deuxièmement la construction ou la rénovation, à laquelle il faut ajouter parfois la conception. Troisièmement la gestion, l'entretien, la maintenance ou exploitation des ouvrages ou équipements, ainsi que l'exploitation d'un service public qui lui est alors délégué quand cela est possible<sup>328</sup>.

<sup>325</sup> Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. 19 juin 2004, texte 2. Son décret d'application précise la procédure à suivre pour passer ce type de contrats : décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 *pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat* et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales, J.O. n° 253 du 29 octobre 2004 page 18260, texte n° 4. Par ailleurs, un décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 *portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*, J.O. n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19, est venu mettre en place un « organisme expert » dont l'objectif est l'évaluation de l'utilité du recours à ces contrats en application de l'article 2 de l'ordonnance. Notons que cette ordonnance a été contestée au contentieux et que le Conseil d'État a jugé de sa légalité dans un arrêt du 19 octobre 2004 *Jean-Pierre Sueur et autres*, req. n° 269814, 271119, 271357 et 271362.

<sup>326</sup> Cf. P. DELVOLVÉ « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, novembre 2003, pp. 481-493 et « sécurité intérieure, justice et contrats publics : confirmations et inflexions », *BJCP*, 2002, n° 25, p. 418. Il est ici fait référence à l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 *d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, J.O. n° 202 du 30 août 2002, p. 14398, texte n° 1, et qui est étendu par l'article 118 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure*, J.O. n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761 aux « systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur » ; à l'article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 *relative au service public pénitentiaire*, J.O. du 23 juin p. 6775 et rect. du 11 juillet p. 7786, modifiée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice*, J.O. n° 211 du 10 septembre 2002 p. 14934, texte n° 1 et rectificatif au J.O. n° 299 du 24 décembre 2002 p. 21500. On pense aussi à l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 *portant simplification de l'organisation de système de santé [...]*, J.O. n° 206 du 6 septembre 2003 p. 15391, texte n° 26 qui met en place l'article L. 6148-7 du Code de la santé publique. Tous ces textes mettent en place des mécanismes expressément dérogatoires à la loi MOP dans les mêmes termes : « par dérogation aux dispositions des articles 7 et 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 [MOP] », ce qui conduit à leur rendre inapplicable le Code des marchés publics.

<sup>327</sup> Les *Public-private partnership*.

<sup>328</sup> L'ordonnance sur les contrats de partenariat dispose expressément : « une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion,

426. L'ordonnance sur les contrats de partenariats est elle-aussi tout à fait claire sur son caractère dérogatoire par rapport à la loi MOP. Elle dispose dans le 2<sup>e</sup> alinéa de son article 1 : « *Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser* ». La délégation de maîtrise d'ouvrage est donc de principe, ce qui évite justement que le Code des marchés publics soit applicable, même si la loi ne laissait aucun doute sur son caractère dérogatoire.

Contrairement aux autres cas dans lesquels la maîtrise d'ouvrage est une cause de non-application du Code des marchés publics, la source de cette exception est ici légale et non jurisprudentielle. Cet élément montre bien que la position du Conseil d'État est approuvée par la majorité des acteurs de la commande publique.

#### **d) Le bail emphytéotique administratif**

427. La « maîtrise d'ouvrage publique » a aussi été la cause d'une autre exception à l'application du Code des marchés publics dans le cadre des contrats domaniaux. Dans un arrêt *SA Sofap-Marignan Immobilier*<sup>329</sup> le Conseil d'État a considéré que la construction d'un ouvrage financé par une *personne privée* sur le *domaine public* dans le cadre d'un *Bail emphytéotique administratif*<sup>330</sup> ne pouvait pas être un marché public. Cet arrêt considère en effet que l'obligation légale *d'un bail de longue durée*<sup>331</sup> conduit à ce que le premier objet du contrat ne soit pas la construction pour la personne publique, mais la simple mise à disposition du bien, par un contrat de location<sup>332</sup>. La circonstance que le bien revienne à la personne publique en fin de bail ne rentre pas en ligne de compte puisque ce bail est trop long pour que le contrat soit considéré comme étant un moyen

---

*et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée* ».

<sup>329</sup> CE 25 février 1994, *Sofap-Marignan Immobilier*, rec. p. 94 ; *RFDA*, 1994, p. 510 concl. J. ARRIGHI de CASANOVA ; *CJEG*, 1994, pp. 569-585, chronique « bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public » par E. FATÔME et Ph. TERNEYRE ; *Dalloz*, 1994, jurisp. p. 536, note M. LOMBARD ; *AJDA*, 1994, p. 550, note H. PÉRINET-MARQUET

<sup>330</sup> Le véritable Bail emphytéotique administratif est celui sur le domaine public des collectivités locales. Sur le domaine public de l'État, le bail qui accorde des droits réels n'est pas forcément un bail emphytéotique ; il peut en revanche en avoir toutes les caractéristiques. Dans les deux cas, le bail peut avoir pour objectif la construction d'un bien immobilier pour la personne publique si le contrat stipule la non-destruction du bien et son transfert à la personne publique en fin de bail.

<sup>331</sup> Les articles L. 1311-2 et 3 du CGCT (issus de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 et modifiés par la loi 2002-1094 du 29 août 2002) se réfèrent aux baux de l'article L. 451-1 du Code rural, ce qui en fait des baux d'une durée de 18 à 99 ans pour le domaine public des collectivités territoriales. Pour le domaine public de l'État, l'article L. 34-1, 2<sup>e</sup> alinéa du Code du domaine de l'État précise que « *le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans* ». On peut donc considérer que, s'il est nécessairement en relation avec l'investissement, la durée d'un bail sur le domaine public de l'État n'est pas forcément de longue durée. Sur ce texte cf. M. LOMBARD, « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambiguë entre protection et valorisation des propriétés publiques », *ALD*, 1994, n° 18, pp. 183-185.

<sup>332</sup> Ajoutons tout de même que le contrat contenait une clause de résiliation unilatérale, ce qui est là encore de nature à réduire sa durée et par conséquent à laisser rapidement la pleine propriété de l'immeuble au bailleur. Dans ce cas, on serait vraiment proche d'un marché public dans lequel l'indemnité de résiliation ressemblerait à un prix.

comparable aux marchés publics pour obtenir la propriété du bien. Le Conseil d'État est conforté dans cette position par le contrat lui-même, qui stipule que la Ville de Lille ne jouera pas le rôle de maître de l'ouvrage, ni au cours de la réalisation de l'ouvrage (Il s'agissait de la mairie de cette commune) ni avant la fin du contrat. Pour le Conseil d'État, le fait qu'une partie de l'ouvrage corresponde aux besoins de la ville ne change rien à cette absence officielle de maîtrise d'ouvrage. La longueur du contrat est donc, malgré les autres éléments, ce qui fonde l'absence de maîtrise d'ouvrage de la personne publique ; et ce qui exclut que le contrat soit un marché public<sup>333</sup>.

Cet arrêt est l'occasion de montrer ce qui est peut-être une des sources de la spécificité française dans l'existence de cette notion de « maîtrise d'ouvrage ». Dans son 6<sup>e</sup> considérant, le Conseil d'État pèse les différents aspects du contrat – le fait que la Ville de Lille ne joue pas le rôle de maître de l'ouvrage durant la construction principalement – et il en tire la conclusion que « *par suite l'opération en vue de laquelle a été passé le bail contesté ne présente pas [...] le caractère d'une opération **de travaux publics** [et que par conséquent] l'opération [ne constitue pas] un marché de travaux publics* ». Les développements de notre première partie nous montrent à quel point le Conseil d'État soulève ici une question qui n'a pas lieu d'être, la nature de travaux publics des travaux en cause n'ayant aucun intérêt, ni pour la qualification de marché, ni pour la solution du litige. Ce point est pourtant intéressant. Il permet en effet de faire le lien entre la notion de maîtrise d'ouvrage public et celle de travaux publics. Si l'on compare les définitions de ces deux notions, on constate d'ailleurs leur proximité : le maître de l'ouvrage est celui « *pour le compte* » duquel l'ouvrage est construit, les travaux publics étant ceux exécutés « *pour le compte* » d'une personne publique<sup>334</sup>. Il apparaît donc qu'il y a une forme de continuité dans l'approche du Conseil d'État en ce qu'il assimile les contrats dans lesquels la personne publique n'aurait pas la maîtrise d'ouvrage à des contrats non soumis au Code des marchés, comme il considérerait auparavant que les contrats ne portant pas sur des travaux publics n'étaient pas des marchés de travaux publics.

Parmi les conséquences de cette approche, on trouve donc l'inversion du sens que l'on pourrait donner à la loi de 1985. Comme le soulevaient semble-t-il les requérants dans l'arrêt *SA Sofap-Marignan* – si l'on s'en réfère au 9<sup>e</sup> considérant – la loi pourrait être analysée comme contraignante, c'est-à-dire comme obligeant la personne publique à conserver la maîtrise d'ouvrage, ce qui conduirait à l'interdiction de l'utilisation de tous les contrats précités dans laquelle il la perd, ou au moins de leur soumission au Code des

<sup>333</sup> On retrouve cette conséquence de la longueur aussi pour les locations-ventes avec option d'achat comme dans l'arrêt CE 12 octobre 1988 *Ministre des affaires sociales c/ Société d'études, de réalisations, de gestion immobilière et de construction (SERGIC)*, rec. p. 338, E. FATÔME, « Réflexions sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et de maître de l'ouvrage », *CJEG*, avril 1990, pp. 119-124.

<sup>334</sup> Nous pouvons ici nous cantonner à la définition la plus utilisée, celle issue de l'arrêt du Conseil d'État du 1<sup>er</sup> juin 1921 *Commune de Monséur*, rec. p. 617 ; *Sirey*, 1921.III p. 49, concl. L. CORNEILLE, note M. HAURIOU ; *Dalloz*, 1922.III p. 26, concl. L. CORNEILLE ; *RDP*, 1921, p. 361, concl. L. CORNEILLE ; note G. JÈZE ; pour laquelle sont des travaux publics ceux exécutés « *pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale* ».

marchés publics quand cela est possible<sup>335</sup>. À l'inverse, cette approche par une forme « d'incompatibilité » comme on a pu en voir entre le régime de la copropriété et de la domanialité publique<sup>336</sup> permet d'éviter une soumission au Code des marchés publics.

**e) Délégations de service public et maîtrise d'ouvrage publique**

**428.** Le débat concernant la distinction entre les délégations de service public et les marchés publics se concentre en règle générale sur le critère de la contrepartie. Dans le cadre des délégations, la rémunération du cocontractant est substantiellement fonction des résultats de l'exploitation du service public dont il a la charge, dans celui des marchés, il s'agit d'un prix. La question du détenteur de la maîtrise d'ouvrage est pourtant, pour les concessions comprenant au moins une part de travaux, une des différences. Ainsi, lorsqu'il y a marché de travaux, le maître de l'ouvrage est la personne publique et non son cocontractant ; à l'inverse, dans le cadre des délégations, c'est le concessionnaire ou le fermier qui vont être maîtres de l'ouvrage.

Peut-on faire de cet élément un critère de distinction entre les deux contrats ? La question ne trouve pas de solution aujourd'hui dans la mesure où la maîtrise d'ouvrage est envisagée comme une conséquence de la qualification de marché ou de concession. À l'inverse des autres cas que nous venons de voir, notamment la VEFA, la personne publique n'est jamais considérée comme gardant la maîtrise d'ouvrage, ce qui exclut donc qu'une concession soit requalifiée de marché sur le fondement de la conservation de ce rôle. La raison de cette situation tient vraisemblablement à l'un des critères des concessions – applicable à l'ensemble des délégations de service public – qui était considéré comme primordial au XIX<sup>e</sup> et au début du XX<sup>e</sup> siècle<sup>337</sup> et qui l'est bien moins aujourd'hui : la longueur du contrat.

Si l'on se réfère à ce qui a été dit à propos des baux emphytéotiques, ce qui empêche la personne publique d'être considérée comme maître de l'ouvrage, c'est le fait que celui-ci ne devient pas propriétaire de l'ouvrage dès la fin de la construction. Au fond, les autres éléments de la définition de la maîtrise d'ouvrage paraissent indifférents si le contrat est de longue durée. Ainsi, que la personne publique fixe, dans le contrat de concession, les éléments principaux du projet, qu'elle soit chargée de fixer ou de participer à la fixation des tarifs de la concession, voire qu'elle bénéficie partiellement de l'ouvrage dès sa construction grâce à un bail, importent peu. Pour ce qui est des délégations de

<sup>335</sup> C'est à la suite d'un raisonnement dans ce sens que Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, in « Le droit communautaire des marchés de travaux », *RDI* 1990 p. 27 estime qu'il est impossible à une personne publique d'utiliser le contrat de promotion immobilière de l'article 1831-1 du Code civil dans la mesure où le promoteur est « représentant » de la personne publique et qu'il n'a donc pas le rôle de maître de l'ouvrage qui reste entre les mains de la personne publique.

<sup>336</sup> Cf. CE 11 février 1994, *Compagnie d'assurance La Préservatrice foncière*, *CJEG*, 1994, p. 197, chron. P. Sablière, concl. M. TOUTÉE ; *AJDA*, 1994, p. 548 note J. DUFAU ; *Dalloz*, 1994 p. 493, note J.-F. DAVIGNON ; *JCP (G)*, 1994.II.22338, note M.-Ch. ROUAULT.

<sup>337</sup> Cf. par exemple G. JÈZE, *Les contrats administratifs*, Paris, Giard. Ed., 1927, Tome 1, spé. pp. 83-88, avec un § 5 intitulé « La concession de service public est toujours convenue pour une longue période de temps », longue durée qu'il présente comme le cinquième critère de la concession.

service public qui comprennent une part de construction – c'est-à-dire l'essentiel d'entre-elles – la présence de biens de retour dont la propriété appartient dès leur construction à la personne publique ne modifie en rien la nature du contrat.

429. Il apparaît clairement que la notion de maîtrise d'ouvrage publique ne peut pas aujourd'hui être considérée comme un critère de distinction entre les marchés et les concessions. En revanche, par la notion de maîtrise d'ouvrage publique, on peut donc constater que le critère de la longue durée est un critère plus important qu'il n'y paraît des concessions, critère sans lequel, on le savait, non seulement le paiement est difficilement fondé sur les résultats de l'exploitation, mais en plus, on le voit, la maîtrise d'ouvrage peut ne pas être déléguée.

### 3) *Maîtrise d'ouvrage publique et droit communautaire*

430. Le droit communautaire ne connaît pas la notion de maîtrise d'ouvrage. Le critère organique des marchés de travaux, déjà plus large qu'il ne l'est dans le code français, n'est pas en plus limité par les missions que peuvent avoir les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices. Au contraire, en faisant référence à une construction « *par quelque moyen que ce soit* », la directive semble expressément soumettre à ses dispositions les contrats dans lesquels le pouvoir adjudicateur « fait-faire » un ouvrage, c'est-à-dire en droit interne les cas dans lesquels la personne publique perd la maîtrise d'ouvrage. L'élément de la définition communautaire qui pourrait se rapprocher de la notion de maîtrise d'ouvrage est l'obligation que l'ouvrage « *réponde aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur* »<sup>338</sup>. Cependant, si cette obligation va dans le même sens, non seulement on peut remarquer qu'elle est exprimée de façon spécialement large, mais en plus qu'on ne peut lui donner la précision de la notion de maîtrise d'ouvrage sauf à contredire la possibilité de faire-faire par quelque moyen que ce soit.

431. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'est allée la jurisprudence de la Cour de justice<sup>339</sup> puisqu'elle a qualifié de marché de travaux un contrat italien dans lequel des

<sup>338</sup> Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L134 du 30 avril 2004 art. 1<sup>er</sup> point 2 b) : « Les «marchés publics de travaux» sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur ». Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*, JOCE n° L. 199 du 9 août 1993 p. 54 : article 1<sup>er</sup>, a) « les marchés publics de travaux sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur; »

<sup>339</sup> CJCE 12 juillet 2001, *ordre des architectes de la Province de Milan et autres c/ commune de Milan et autres*, *Contrats et marchés publics*, 2001, comm. n°154, obs. F. LLORENS ; JCP (G) 2001.I.368 p. 2250, obs S. BRACONNIER ; BJCP, 2001, n° 19, p. 475, concl. Ph. LÉGER et obs. Ph. TERNEYRE « La réalisation d'un équipement public en remplacement du paiement d'une contribution financière en matière d'urbanisme constitue-t-elle un marché public de travaux au sens du droit communautaire ? ».



promoteurs immobiliers construisaient un théâtre au profit de la Ville de Milan au milieu d'un lotissement, en remplacement de taxes d'urbanisme dues. Il s'agissait d'un paiement en nature de ces taxes. Or alors qu'en droit français on peut penser que les lotisseurs auraient été considérés comme ayant la maîtrise d'ouvrage, la Cour de justice constate que l'ouvrage est réalisé pour la Ville de Milan dans des conditions qui par ailleurs correspondent aux autres critères des marchés de travaux – caractère écrit du contrat, caractère onéreux du marché, qualités d'entrepreneur et de pouvoir adjudicateur des parties – et que par conséquent, le contrat constitue bien un marché de travaux au sens de la directive. Partant, il aurait dû être passé en suivant les procédures de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'il dépassait les seuils fixés par la directive.

On ne peut dès lors que constater la probable contradiction entre le Code des marchés et la directive 93/37, et par conséquent l'illégalité des contrats de VEFA ou de baux emphytéotiques lorsqu'ils sont passés sans procédures de passation au dessus des seuils d'application des directives. Par ailleurs, le droit communautaire va plus loin que le droit français en qualifiant de marchés de services tous les contrats de crédit-bail en application de l'article 1<sup>er</sup> de la directive *services* du 18 juin 1992<sup>340</sup>.

**432. Conclusion du C) :** Toutes les catégories contractuelles que nous avons détaillées, pour l'essentiel issues du droit privées, pourraient être des marchés publics. Pourtant, la seconde condition de la définition du Code des marchés publics, qui porte sur la conservation de la « maîtrise d'ouvrage publique » par la personne publique, les font sortir du champ d'application de ce Code. Certes, on comprend l'objet de cette limitation : soit l'ouvrage construit ne bénéficie pas tout de suite à la personne publique, soit cette dernière n'en a pas fixé les caractéristiques, exactement comme si elle achetait un ouvrage déjà édifié. Pourtant, la complexité des contrats peut déjouer ces justifications, par exemple par des phénomènes de location avant que l'ouvrage ne revienne à la personne publique ou par une définition occulte des besoins de la personne publique. À cette critique de fait s'en ajoute une juridique qui est que la situation interne n'est pas suivie par le droit communautaire dans lequel la notion de maîtrise d'ouvrage n'a pas de rôle. Plus encore, on peut envisager – craindre ou espérer selon son approche – la disparition de la notion de maîtrise d'ouvrage à moyen terme, dans le souci d'unifier le droit applicable en dessous ou au dessus des seuils.

**433. Conclusion de la première section :** On touche un peu à l'évolution de l'approche organique du droit administratif avec le droit de la commande publique. À partir d'une vision très stricte de l'État, qui n'est personne publique que lorsqu'il agit dans l'intérêt général en utilisant les attributs de son pouvoir, vision qui a été ensuite lentement étendue aux autres personnes publiques, on est peu à peu arrivé à un droit des marchés

---

<sup>340</sup> Directive 92/50 du 18 juin 1992 qui dispose que « les contrats de service conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens » sont soumis à ses dispositions.

publics considéré comme le droit de l'achat par les personnes publiques. La seule exception à cela était que les établissements publics industriels et commerciaux étatiques n'y étaient pas soumis. Cette approche, lentement mise en place sur cent cinquante ans, a abouti au Code des marchés publics de 1964 qui marque une étape importante en ce qu'il fige un champ d'application organique qui est encore aujourd'hui celui du Code de 2004. Le droit communautaire a bien entendu essentiellement suivi sur ce point le droit interne. Les « pouvoirs adjudicateurs » et les « entités adjudicatrices » sont eux aussi principalement des personnes publiques, et il faut même noter une extension de ces dispositions aux établissements publics industriels et commerciaux étatiques et aux personnes morales de droit public *sui generis*. À Cela il faut ajouter que le droit français a pour sa part estimé que les personnes publiques étaient au cœur des délégations de service public et des contrats de partenariat et que leur rôle dans la construction devait être celui d'un « maître de l'ouvrage » faute de quoi le contrat ne pouvait pas être un marché public. Pourtant, on ne saurait faire de ce cœur l'ensemble du champ d'application de la commande publique. Le cadre ancien, limité aux personnes publiques a éclaté et si la France résiste en conservant le Code dans son champ d'application ancien, elle est contrainte de développer des lois extérieures afin de prendre en compte l'extension du droit de la commande publique, non seulement à certaines personnes publiques mais aussi et surtout à certaines personnes privées.