



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master de droit public approfondi
Dirigé par le professeur Guillaume Drago
2020**

La notion d'organisme de droit public

Lucas Tregou-Delvescovo

Sous la direction du professeur Benoît Plessix

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier le Professeur Benoît Plessix pour sa disponibilité et sa bienveillance, tant pour la direction de ce travail que dans le cadre de ses enseignements.

Je tiens également à remercier les personnes qui, d'une façon ou d'une autre, m'ont aidé dans la réalisation de ce mémoire.

SOMMAIRE

Partie 1 : La notion d'organisme de droit public, levier de l'évolution du critère organique de la commande publique

Chapitre 1 : Un outil de maîtrise de l'application *ratione personae* du droit de l'Union européenne

Chapitre 2 : Un facteur de mutation de l'application *ratione personae* du droit national

Partie 2 : La notion d'organisme de droit public questionnant le critère organique en droit administratif

Chapitre 1 : Une notion mettant en lumière les lacunes du critère organique en droit administratif

Chapitre 2 : Une notion sollicitée pour l'évolution du critère organique en droit administratif

LISTE DES ABRÉVIATIONS

AFDA	Association française de droit administratif
Aff. jtes.	Affaires jointes
<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique Droit administratif</i>
Art.	Article
<i>BJCP</i>	<i>Bulletin juridique des contrats publics</i>
c.	contre
C. cons	Conseil constitutionnel
Cass.	Cour de cassation
CE	Conseil d'État
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
<i>Cf. Infra.</i>	<i>Confer ci-dessous</i>
<i>Cf. Supra.</i>	<i>Confer ci-dessus</i>
Coll.	Collection
Concl.	Conclusions
CJCE	Cour de Justice des Communautés européennes
<i>CJEG</i>	<i>Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz</i>
CJUE	Cour de Justice de l'Union européenne
dir.	direction
éd.	édition
<i>Ibid.</i>	Au même endroit
<i>JCl. Adm.</i>	<i>Juris Classeur Administratif</i>
<i>JCP. G.</i>	<i>La Semaine juridique – Édition générale</i>
LGDJ	Librairie juridique du droit et de la jurisprudence
n°	numéro
NBT	Nouvelle bibliothèque des thèses
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>

p.	page
pp.	pages
PUG	Presses Universitaires de Grenoble
PUF	Presses Universitaires de France
RDP	<i>Revue du droit public et de la science politique</i>
Rec.	<i>Recueil</i>
Rec. num.	<i>Recueil numérique des arrêts de la Cour de Justice</i> (non paginé)
RFDA	<i>Revue française de droit administratif</i>
RTD eur.	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
s.v.	Sous la rubrique
V.	Voir

INTRODUCTION

« Le langage aide puissamment au développement précis et réglé des concepts, et la rigueur, qu'il leur assigne, rencontre comme une rançon dans l'élasticité et la souplesse, qui permettent aux mots eux-mêmes de s'adapter sans cesse à de nouvelles représentations. En cela réside, d'ailleurs, le principal écueil de ce mode de reproduction et de communication des idées. Il illusionne, par sa fermeté apparente, alors que, derrière la même enveloppe, immobile et raide, peuvent se dissimuler des pensées diverses, flottantes, infiniment nuancées et molles »¹.

Ces quelques mots de François GénY dressent un tableau à la fois plaisant et inquiétant de la relation entre le langage et le Droit. Le juriste trouve une certaine quiétude dans l'idée que, par l'assimilation de notions et de concepts idoines, il pourra aisément se faire comprendre par ses pairs. Dans le même temps, GénY nous met en garde contre une confiance absolue dans l'exactitude du langage juridique. Implicitement, ce dernier nous invite à résister à l'évanescence naturelle du vocabulaire. Plus une expression paraît simple, plus le risque de polysémie est important. À ce titre, la formule « organisme de droit public » fait figure de cas d'école. L'observateur ne peut qu'être frappé par les multiples réalités que renferment cette expression. La première étape d'une étude de la notion d'organisme de droit public oblige ainsi à démêler la simple formule de convenance du véritable terme juridique. Ce n'est qu'après avoir clairement identifié et défini la notion (I) qu'apparaîtront les spécificités (II) et les enjeux propres à cet objet (III), nous amenant à lui consacrer une étude à la fois explicative et prospective (IV).

I. Pour tenter utilement de discerner une « notion d'organisme de droit public », il n'est sans doute pas inutile d'effectuer un bref rappel des exigences attachées à l'appellation de « notion ». Dans le langage courant, elle peut se définir comme « l'idée d'une chose »². Issue du latin *notum*, supin de *noscere*, elle tend à désigner la connaissance de « ce qui est, ce qui existe »³. En sens philosophique, la notion n'est plus la simple connaissance de la chose, elle est l'« idée générale et abstraite en tant qu'elle implique

1 GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Tome 1, Sirey, 1913, p. 151.

2 LITTRÉ (É.), *Dictionnaire de la langue française par Émile Littré*, Tome III, Librairie Hachette et Cie, 1874, s.v. « Notion », Déf. 2, p. 751.

3 Définition de « chose » dans le Trésor de la langue française (TLFi), sur le site du Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), <https://www.cnrtl.fr/definition/chose>.

les caractères essentiels de l'objet »⁴. Ce faisant, il n'est pas question de nommer la connaissance de l'objet existant, mais bien d'identifier les caractères qui justifient de désigner l'objet par la notion qui lui pré-existe. La notion revêt une dimension prescriptive en ce qu'elle établit de façon empirique ou déductive les traits constituant l'essence de l'objet. Elle se confond alors avec le concept, « mode de représentation universel, médiat et inférentiel du rapport à l'objet de connaissance »⁵. L'approche juridique ne peut souffrir une telle confusion : le droit, en tant que discours prescriptif, contient son propre langage avec ses termes et définitions qu'il faut distinguer du discours de la science du droit. Il est préférable d'établir une distinction entre concept et notion, afin d'éviter « qu'on ne parle (...) de droit alors qu'on ne se réfère qu'à telle doctrine de la science du droit »⁶. La notion juridique renvoie au « moyen par lequel les juristes appréhendent des faits en vue de déterminer quelles règles de droit leur sont applicables », en tant qu'« outil qui permet d'opérer des “qualifications” en vue de procéder à “l'imputation” de régimes juridiques déterminés »⁷. La notion est l'unité de langage qui synthétise une qualification assortie d'un régime juridique, elle permet de nommer un objet en tant qu'il est, par la qualification, devenu objet juridique. À l'inverse, « le concept ne sert pas uniquement à désigner un objet, sinon il serait appelé “notion” »⁸. En ce qu'il est « l'expression de la réalité profonde de l'institution considérée, de sa “vérité” »⁹, le concept ne peut appartenir qu'à la science du droit. Les concepts contribuent à former un vocabulaire théorique commun pour les juristes, à tel point que « ce qui caractérise un système juridique ce sont les concepts qu'il a élaborés au cours de son évolution historique car, si les règles peuvent varier dans le temps, les concepts demeurent car ils sont étroitement liés à une tradition juridique déterminée »¹⁰. Ainsi, la notion ne doit pas être confondue avec le concept puisqu'elle appartient au « réel » juridique : elle peut être consacrée explicitement par le droit ou bien établie par les juristes lorsqu'ils cherchent à désigner une catégorie d'objets soumis à un même régime¹¹, voire le régime lui-même¹². Par ailleurs, le choix d'un terme dans un énoncé juridique ne constitue par nécessairement une notion dès lors qu'il n'est pas question de renvoyer à un régime déterminé, il peut s'agir parfois d'une simple formule de convenance.

4 Définition de « notion » dans le Trésor de la langue française (TLFi), sur le site du Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), <https://www.cnrtl.fr/definition/notion>.

5 LECOURT (D.) (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, coll. « Quadrige », PUF, 1^{ère} éd., 1999, p. 224.

6 Kelsen (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, LAROCHE (B.), VALERIE (F.) (trad.), coll. « La pensée juridique », BRUYLANT LGDJ, 1997, p. 216.

7 BÉNOIT (F.-P.), « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », in *Mélanges Gustave Peiser*, coll. « HC Droit », PUG, 1995, p. 25.

8 BARRAUD (B.), *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, coll. « Logiques juridiques », L'Harmattan, 2016, p. 453.

9 BÉNOIT (F.-P.), « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », *op. cit.*, p. 25.

10 TERRAL (F.), « L'empreinte culturelle des termes juridiques », *Meta*, Vol. 49, n°4, Décembre 2004, p. 878.

11 C'est le cas, par exemple, des notions de « contrat administratif », de « bien meuble », de « personne morale de droit public ».

12 Par exemple, il peut être question de la notion de « propriété publique », de « domaine public », de « police administrative ».

À la suite de ces précisions, il faut bien admettre que l'objet de notre étude, « l'organisme de droit public », ne s'apparente pas toujours à une notion. Le terme d'organisme renvoie à un « corps organisé ayant ou pouvant avoir une existence séparée »¹³. Qualifié « de droit public », l'organisme, en tant que corps organisé doté de sa propre existence, serait très proche d'une « personne morale de droit public ». C'est justement l'hégémonie de cette dernière notion qui fait obstacle, encore aujourd'hui, à l'émergence de la notion d'organisme de droit public dans le système juridique français. Pourtant, de prime abord, cette expression ne paraît pas étrangère au juriste français. Il n'est pas rare de la croiser au détour d'un texte ou d'une jurisprudence. Par exemple, un arrêté du 3 février 1969 entend bien régler les conditions d'interventions des fonctionnaires des ponts et chaussées « dans les affaires intéressant les organismes de droit public relevant du ministère de l'équipement et du logement »¹⁴, mais il s'agit simplement d'une reprise, avec l'ajout de la mention « de droit public », du terme « organisme » présent dans la loi du 29 septembre 1948¹⁵. La formule ne renvoie pas à une catégorie précise, elle sert simplement à éviter d'employer la notion de personne morale de droit public afin d'intégrer les administrations sans personnalité juridique. Fréquemment, le législateur et le juge font référence aux « organismes de droit public ou de droit privé », soit pour désigner des entités sans personnalité juridique par opposition aux personnes morales¹⁶, soit pour mettre l'accent sur l'activité réglementée, indépendamment de la nature publique ou privée de l'organisme¹⁷, soit pour distinguer des collectivités territoriales¹⁸. Pour les juristes français, la locution « organisme de droit public » constitue ce qu'on pourrait appeler une « anti-notion » : elle permet d'éviter de recourir à la notion de personne morale de droit public, soit parce que cette catégorie est trop ou pas assez étendue, soit parce qu'il n'est pas question d'entraîner l'application du régime de la personnalité publique.

Ces (im)précisions ne concernent pas uniquement le droit national. Les textes de l'Union et la Cour de Justice ont très tôt recouru à l'expression « organisme de droit public » pour désigner les institutions et administrations des différents États membres. Néanmoins, il faut bien prendre en compte la dimension linguistique : certaines de ces utilisations ne sont que des traductions plus ou moins pertinentes d'autres langues. Par exemple, à la lecture de ses conclusions sur l'affaire *Planmann*,

13 LITTRÉ (É), *Dictionnaire de la langue française par Émile Littré*, Tome III, Libraire Hachette et Cie, 1874, s.v. « Organisme ». Déf 3, p. 856.

14 Arrêté du ministre de l'équipement et du logement du 8 octobre 1968, *JO*, 7 février 1969, p. 1450.

15 Loi n°48-1530 du 29 septembre 1948 réglementant l'intervention des fonctionnaires des ponts et chaussées dans les affaires intéressant les collectivités locales et divers organismes, *JO*, 1^{er} octobre 1948, p. 9604.

16 « qu'une personne morale ou un organisme de droit public ou privé peuvent être désignés par les parties pour fixer le prix de la vente ». Cass. civ. 3^{ème}, 23 octobre 1979, pourvoi n°78-13367.

17 « Lorsque la location ou sous-location est consentie par une personne morale ou un organisme de droit public ou privé ». Loi n°98-1267 du 30 décembre 1998 de Finances rectificative pour 1998, créant l'article 234 sexies du code général des impôts.

18 « Pour l'exercice de sa mission, l'établissement peut notamment : 1° Coopérer avec les collectivités territoriales, les fondations et associations, ainsi qu'avec tout autre organisme de droit public ou de droit privé, français ou étranger, susceptible de contribuer à l'exercice de sa mission ». Décret n° 2006-222 du 24 février 2006 relatif au statut de la Cité des sciences et de l'industrie.

l'avocat général allemand Karl Roemer semble opposer les « États membres » et les « autres organismes de droit public (les Länder dans un État fédéral, les communes) »¹⁹. Il s'agit simplement d'une adaptation de l'allemand « *öffentlich-rechtlicher Rechtsträger* » dont la traduction littérale serait plutôt « entités juridiques de droit public ». Le choix est différent en italien où il est question de « *soggetti di diritto pubblico* » (sujet de droit public). De même, le règlement du 15 octobre 1968 prévoit la possibilité pour les États d'exclure les travailleurs ressortissants d'un autre État membre « de la participation à la gestion d'organismes de droit public et de l'exercice d'une fonction de droit public »²⁰, traduit en italien par « *organismi di diritto pubblico* », mais traduit cette fois en allemand par « *Körperschaften des öffentlichen Rechts* ». Or, en Allemand, « *Körperschaft* » désigne « l'association de personnes à des fins spécifiques avec le droit d'agir en justice »²¹, « *Körperschaft des öffentlichen Rechts* » étant d'ailleurs traduit par « personne morale de droit public » dans d'autres actes communautaires²². En réalité, ces dernières forment en droit allemand une catégorie particulière de « *Personen des öffentlichen Rechts* » (personnes morales de droit public), au côté des « *Anstalten des öffentlichen Rechts* » (institution de droit public) et des « *Stiftungen des öffentlichen Rechts* » (fondation de droit public)²³. Il s'agit ainsi d'une notion spécifique au droit allemand proche de la notion française de personne publique, mais pas identique, d'où le recours à l'expression d'organisme de droit public pour la traduire.

Plus fondamentalement, le droit de l'Union européenne doit composer avec l'« absence de définition nationale propre à décrire de manière universellement valide la notion d'“organisme public” (dans le sens de “personne publique”) »²⁴ ; l'élargissement progressif de la Communauté ayant par ailleurs accentué l'hétérogénéité des notions et concepts des systèmes juridiques des États membres. Comme le note le professeur Auby, dans la plupart des États européens, il existe une forme de distinction entre droit public et droit privé dont le fond commun est de « caractériser le fait qu'il existe une certaine quantité de règles spéciales applicables à l'administration »²⁵. Néanmoins, cette distinction n'a ni la même consistance, ni la même importance selon les ordres juridiques considérés. Ce constat se révèle très problématique dans un secteur comme celui des marchés publics où l'opposition entre l'Administration et les particuliers conditionne l'application de la réglementation. C'est justement cette

19 CJCE, 28 mai 1963, *Plaumann*, C-25/62, concl. Roemer, *Rec. p.* 199 : *en français* ; *Rec. p.* 213 : *en allemand* ; *Rec. p.* 197 : *en italien*.

20 Art. 8. Règlement 1612/68/CEE du 15 octobre 1968 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la communauté.

21 « Vereinigung von Personen zu einem bestimmten Zweck mit den Rechten einer juris », *Wörterbuch der deutschen Sprache*, DTV, 1986, s. v. « Körperschaft », Déf. 2, p. 472.

22 V. Art. 46. Directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mars 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et son exercice.

23 <https://www.cloeser.org/ext/Rechtssubjekte.pdf>.

24 « *In mancanza di definizioni normative nazionali idonee a descrivere in maniera universalmente valida la nozione di “ente pubblico” (nel senso di soggetto pubblico)* » SPAGNA (N.), *Il fenomeno degli smembramenti amministrativi. Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica: un approccio funzionale*, Tesi di dottorato, Università degli studi di Napoli Federico II, 2013, p. 50.

25 AUBY (J.-B.), « La distinction du droit public et du droit privé » in AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2010, p. 294.

difficulté qui a conduit les institutions européennes à consacrer une notion propre au droit de l'Union : la notion « d'organisme de droit public ». En effet, depuis 1989²⁶, les directives « Marchés publics » disposent que « 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 » sont des pouvoirs adjudicateurs. Comme l'indique le professeur Hœpffner, « la notion pouvoir adjudicateur renvoie aux personnes qui relèvent, pour la passation de leurs marchés, des règles des directives Marchés publics »²⁷. En d'autres termes, la notion de pouvoir adjudicateur constitue le critère organique des marchés publics européens. La qualification d'organisme de droit public entraîne celle de pouvoir adjudicateur et soumet l'organisme au respect des règles de publicité et de mise en concurrence prévues par le droit de l'Union. Depuis la directive du 18 juillet 1989, les éléments principaux de la définition n'ont pas évolués et figurent aujourd'hui dans les trois directives du 26 février 2014 aux termes desquelles :

« Un “ organisme de droit public ” est un organisme présentant toutes les caractéristiques suivantes:

- a) il a été créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial;
- b) il jouit de la personnalité juridique; et
- c) soit il est financé majoritairement par l'État, les autorités régionales ou locales, ou par d'autres organismes de droit public ; soit sa gestion est soumise à un contrôle par ces organismes ou autorités ; ou son organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État, des autorités régionales ou locales ou d'autres organismes de droit public »²⁸.

Donc, si la locution « organisme de droit public » renvoie à une multitude de textes ou de décisions éparses, il n'en existe qu'une seule notion : celle propre aux marchés publics.

II. La qualification d'organisme de droit public repose sur trois critères cumulatifs²⁹. Le premier concerne l'activité de l'organisme, plus précisément le type de besoins que celui-ci entend satisfaire. Le second critère impose la détention de la personnalité juridique par l'organisme. Enfin, le troisième critère est composé d'un ensemble de trois sous-critères alternatifs visant à établir une influence dominante d'un autre pouvoir adjudicateur : le financement majoritaire, la nomination de la majorité des membres de l'organe de direction, la soumission de la gestion à un contrôle. Première spécificité : cette notion associe des éléments organiques (le rattachement à un autre pouvoir adjudicateur) et des

26 Directive 89/440/CEE du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

27 Hœpffner (H.), *Droit des contrats administratifs*, coll. « Cours », Dalloz, 2^{ème} éd., 2019, p. 157.

28 Art 6.4 de la Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession ; art 2.4 de la Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; art 3.4 de la Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

29 CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96, concl. Léger, *Rec.* I-00073, pt. 21.

éléments matériels (l'activité de l'organisme). Pourtant, la qualification d'organisme de droit public n'en demeure pas moins cantonnée à la seule détermination du champ d'application organique du droit des marchés publics. Pour reprendre l'expression de Laure Marcus, elle « entraîne et justifie la singularisation d'une personne morale, et non celle d'une activité »³⁰. Ceci nous amène à observer une deuxième spécificité : la qualification d'organisme de droit public ne repose pas principalement sur le statut de l'entité en droit interne. Ainsi, « pour la définition de l'organisme de droit public, l'expression “droit public” ne renvoie pas à un régime juridique, mais à une organisation institutionnelle »³¹. C'est bien le contrôle dont fait l'objet la personne qui entraîne la qualification. Autrement dit, malgré son nom, un organisme de droit public peut être une personne morale de droit public mais aussi une personne morale de droit privé. Cette particularité peut étonner le juriste interniste qui, comme nous l'avons dit, est habitué à ce que la formule « organisme de droit public » soit employée par opposition aux personnes privées. Si l'on se place du point de vue national avec la *summa divisio* personne publique/personne privée comme clé de lecture, deux propriétés intéressantes de la notion apparaissent. D'abord, elle permet de prendre en compte *cumulativement* des personnes publiques et des personnes privées. Grâce à la notion d'organisme de droit public, le droit de l'Union « englobe (...) certaines personnes morales de droit privé »³². La notion peut servir à identifier des personnes sous contrôle public au-delà de leur masque de personne privée, ce qui ouvre la voie à une extension du champ d'application organique, en l'occurrence du droit des marchés publics. La deuxième propriété intéressante de l'organisme est de désigner *indistinctement* des personnes publiques et des personnes privées. Si les deux « propriétés » sont proches, elles ne sont pas pour autant confondues. La deuxième suppose une approche transversale qui, non seulement déborde la *summa divisio*, mais la rend inopérante. Comme l'exprime parfaitement Carlo Cerruti, avec cette notion, le législateur européen « tente d'identifier les entités “substantiellement publiques” »³³. Selon son analyse, la notion d'organisme de droit public permet tant de couvrir les personnes « formellement privées mais substantiellement publiques » que d'exclure les personnes « formellement publiques mais substantiellement privées »³⁴. Il ne s'agit plus seulement d'inclure les personnes privées sous contrôle public, mais plutôt de prendre en compte toute personne sous contrôle public, sans tenir compte ni du statut public, ni du statut privé des entités. Plus prosaïquement, cela revient à affirmer que certaines personnes publiques ne sont pas des organismes de droit public³⁵. Par conséquent, cette notion repose sur une nouvelle ligne de partage entre les entités

30 MARCUS (L.), *L'unité des contrats publics*, Paris, coll. « NBT », Dalloz, 2010, p. 286.

31 RICHER (L.), LICHÈRE (F.), *Droit des contrats administratifs*, coll. « Manuel », LGDJ, 11^{ème} éd., p. 368.

32 GUIBAL (M.), « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *JCP.G*, 1993, n°3667, p. 162.

33 « *En una palabra, el legislator trata de identificar los entes “sustancialmente públicos”* ». CERUTTI (C.), « Concepto de “organismo de derecho público” en la normativa contractual europea », *Noticias de la Union Europea*, n°329, p. 168.

34 *Ibid.*

35 En ce sens, la Cour de Justice a déjà pu refuser d'appliquer la qualification d'organisme de droit public à une entité disposant de la personnalité publique en droit national. V. CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH c/ Co. KG*, C-526/11, concl. Mengozzi, *Rec. num.*

publiques et privées. Et, c'est justement dans sa confrontation avec la *summa divisio* du droit national fondée sur le statut que la notion d'organisme de droit public montre tout son intérêt.

III. Le fait qu'en plus de trente ans d'existence la notion n'ait pas été transposée masque l'importance théorique et pratique qu'elle a jouée et qu'elle joue encore dans certaines mutations significatives du droit national. À bien y regarder, l'histoire du développement de la notion d'organisme de droit public semble être celle du recul de la notion de personne publique. Elle part du constat que l'action publique se réalise dans « une sphère d'influence publique allant au-delà de l'État et de ses démembrements »³⁶. Si nous parlons d'histoire, c'est parce que les effets attachés à l'émergence de l'organisme de droit public se sont déployés progressivement. Bien entendu, c'est dans le domaine des marchés publics du droit de l'Union européenne³⁷, là où la notion prend racine, que les premières répercussions se sont faites sentir. Comme nous le verrons dans le premier temps de notre analyse, la consécration de la notion d'organisme de droit public est rendue nécessaire par l'insuffisance du renvoi à la notion de personne publique pour déterminer le champ d'application des directives « Marchés publics » de 1971 et 1976. Naturellement, « les États ayant tendance à la récuser pour se soustraire à l'application des directives », la Cour de Justice « [s'est ralliée] à une interprétation large et fonctionnelle afin de préserver l'effet utile de [la qualification d'organisme de droit public] »³⁸. Cette étude sera également l'occasion de préciser sa jurisprudence, sans laquelle il n'est pas possible de comprendre la notion d'organisme de droit public. En substance, il nous faudra montrer comment le remplacement de la notion de personne publique, recevant des significations variables (voire n'existant pas) dans les États membres, par cette nouvelle notion d'organisme de droit public a permis à la fois d'étendre et d'autonomiser le droit des marchés publics de l'Union. Or, logiquement, ce renouvellement ne pouvait qu'influer sur le droit national des marchés publics. Malgré le refus de la transposer formellement, la notion d'organisme de droit public a discrètement amené une restructuration totale du droit des marchés publics national. En 1993, le professeur Guibal affirme que « traditionnellement en France, seules les personnes morales de droit public sont soumises au Code des marchés publics »³⁹. L'obligation de soumettre certaines personnes privées à des procédures de passation et de mise en concurrence a ainsi pu heurter cette tradition juridique. L'étude de son impact sur le droit national des marchés publics permettra de mesurer « tout ce [qu'a] d'étranger au droit français [la notion subjective] d'organisme de droit public »⁴⁰. Dans ce deuxième temps de notre analyse, nous verrons que cette notion a d'abord amené une polarisation des marchés publics nationaux autour de la personnalité

36 RICHER (L.), LICHÈRE (F.), *op. cit.*, p. 368.

37 Par souci d'uniformité, nous utiliserons toujours l'expression actuelle « droit de l'Union européenne », y compris pour décrire le droit antérieur à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne qualifié à l'époque de « droit communautaire ».

38 BLUMANN (C), DUBOIS (L.), *Droit matériel de l'Union européenne*, coll. « précis Domat », LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, p. 829.

39 GUIBAL (M.), « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *op. cit.*, p. 162.

40 LICHÈRE (F.), « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics » in AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 953.

publique, avant d'en justifier le dépassement. Nous souhaiterions faire une juste place à cette notion qui, presque clandestinement, a joué en rôle capital dans la transformation progressive du droit des marchés publics depuis plus de quarante ans. Si les textes récents « [rompent] avec nos distinctions classiques fondées sur la différence entre contrats privés et contrats administratifs et entre personnes publiques et personnes privées »⁴¹, c'est en grande partie parce qu'ils marquent l'aboutissement de la prise en compte du critère organique du droit de l'Union. Il nous faudra également vérifier si les réformes engagées depuis 2015, et notamment la consécration de la notion de commande publique par un code éponyme en 2019, marquent réellement, sur le plan organique, « l'achèvement de la convergence du droit français vers le droit de l'Union européenne »⁴².

Partant, l'étude de la notion d'organisme de droit public dans le seul cadre de la commande publique⁴³ soulève déjà nombre de questionnements. Mais, une telle approche se révélerait restrictive, parce qu'elle ne rendrait pas compte des évolutions les plus récentes de cet objet d'étude. En effet, depuis quelques années, la notion d'organisme de droit public tend à dépasser la commande publique pour alimenter des réflexions plus vastes. Ces réflexions concernent essentiellement le critère organique en droit administratif. Cette dernière expression reçoit d'ailleurs des significations relativement variable. Elle concerne parfois uniquement l'« analyse organique des actes », c'est à dire « une méthode de qualification et de classification des actes juridiques par référence aux caractères de leur auteur »⁴⁴. Ainsi entendu, le critère organique en droit administratif se rattache essentiellement à l'importance de la présence d'une personne publique pour qualifier un acte unilatéral ou un contrat « d'administratif ». Néanmoins, d'autres auteurs, comme par exemple Paul-Maxence Murgue-Varoquier dans sa thèse consacrée au critère organique, retiennent une approche plus large : il s'agit de s'intéresser à l'importance de la présence d'une personne publique dans l'application du droit administratif⁴⁵. Pour mieux préciser l'influence de la notion d'organisme de droit public dans ces questionnements, nous retiendrons cette définition élargie. En effet, cette notion est fréquemment sollicitée pour montrer l'impossibilité de rendre compte de certaines évolutions du droit administratif en adoptant une approche fondée sur la dualité personne publique / personne privée. Ces auteurs préconisent une analyse du droit administratif sous un angle organique, mais en dépassant le cadre restrictif des seules personnes publiques. Dans plusieurs thèses récentes cherchant à dépasser le critère organique actuel en

41 UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA*, n°2, 2016, p. 218.

42 *Ibid.*

43 Par commodité, nous nous rallions à l'appellation « commande publique » parce que, malgré le débat qu'elle suscite, elle est aujourd'hui l'expression la plus répandue, et parce que le droit qui occupera la première partie de cette étude est aujourd'hui contenu dans le Code de la commande publique.

44 CORNU (G.)(dir.), *Vocabulaire juridique*, coll. « Quadrige », PUF, 9^{ème} éd., 2011, s.v. « Organique », p. 715.

45 « Le critère organique est un instrument de qualification juridique qui repose sur la présence (ou l'absence) de personne publique dans un rapport de droit ». VAROQUIER (P.-M.), *Le critère organique en droit administratif*, Thèse Lyon III, 2017, p. 39.

droit administratif, la notion d'organisme de droit public a pu être sollicitée⁴⁶. Dans toutes ces analyses, la notion sert de fondement, ou de preuve, à l'existence d'une « sphère publique » ou d'un « champ public ». Dans une troisième phase de notre analyse, il nous faudra donc nous intéresser au contrôle public qui caractérise la notion, afin de déterminer dans quelle mesure celle-ci peut être mobilisée pour mettre au jour la crise du critère organique en droit administratif. Enfin, nous consacrerons la dernière étape de nos développements à la question d'un potentiel remplacement de la définition actuelle de la catégorie des personnes publiques par celle de la catégorie des pouvoirs adjudicateurs. Aussi singulière que paraisse cette démarche, elle répond pourtant à un véritable questionnement, qui, bien que marginal, pourrait trouver un écho en jurisprudence. En effet, le surprenant avis *FGTI* du Conseil d'État du 22 mai 2019⁴⁷, considère que le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorismes et d'autres infractions est un « organisme de droit public ». Ce pourrait être une simple formule, synonyme de personne morale de droit public, si les indices utilisés par le Conseil d'État n'étaient pas si proches des critères de la notion d'organisme de droit public. Il nous faudra donc porter un regard critique sur les utilisations doctrinales et jurisprudentielles de « l'organisme de droit public ». Repenser la catégorie des personnes publiques par le prisme de cette notion engendrerait de nombreuses conséquences, pratiques et théoriques, mais aussi de nombreuses incertitudes que nous tenterons d'éclairer.

IV. Comme nous l'avons annoncé, nous examinerons de façon quasi-chronologique les effets de la consécration de la notion d'organisme de droit public. Nous serons amenés à nous questionner sur les raisons qui poussent à préférer le recours à cette notion en lieu et place de la notion de personne publique.

Dans quelle mesure l'apparition de la notion d'organisme de droit public permet-elle de renouveler le critère organique du droit de la commande publique et du droit administratif ?

Observer le droit administratif par le prisme de la notion d'organisme de droit public offre un angle de vue à la fois explicatif et prospectif. Assurément, la notion d'organisme de droit public permet d'expliquer le développement d'un droit de la commande publique délié de la distinction entre personne publique et personne privée. Elle a véritablement constitué le levier de l'évolution de son champ d'application organique (Partie 1). Pourrait-il en être de même pour le critère organique du droit administratif ? Dans une démarche prospective, il apparaît que cette notion permet d'adopter un regard critique sur l'avenir de la notion de personne publique, telle qu'elle existe aujourd'hui, comme critère organique en droit administratif (Partie 2).

46 V. MARCUS (L.), *op. cit.*, p. 230 et s. ; MURGUE-VAROCLIER (P.-M.), *op. cit.*, p. 595 et s. ; AMILHAT (M.), *L'influence du droit de l'Union Européenne sur la notion de contrat administratif*, Thèse Toulouse I, 2013, p. 129 et s.

47 CE, avis, 22 mai 2019, *Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions*, n°427786, concl. Pelissier.

Partie 1 : La notion d'organisme de droit public, levier de l'évolution du critère organique de la commande publique

L'approfondissement de la notion d'organisme de droit public dans le cadre du droit de la commande publique est riche d'enseignement pour la matière. Elle nous amène à constater que son introduction a participé à deux évolutions inverses, mais complémentaires. En facilitant le processus d'autonomisation du critère organique du droit des marchés publics de l'Union européenne (Chapitre 1), cette notion a immanquablement entraîné une obligation pour les autorités françaises d'élargir considérablement l'application *ratione personae* du droit national (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Un outil de maîtrise de l'application *ratione personae* du droit de l'Union européenne

Le champ d'application du droit des marchés publics est dépendant de deux critères. Le premier, matériel, permet d'identifier quel type de contrat peut être soumis à ce droit spécifique. Le deuxième, organique, est double. Il répond à deux questions : « qui doit respecter le droit des marchés publics pour répondre à ses besoins ? » et « qui peut se proposer de répondre à ces besoins ? ». L'analyse du contenu de la notion d'organisme de droit public permet d'apporter des éléments de réponse à la première question. Une approche historique met en évidence une double évolution du critère organique impulsée par l'avènement de cette notion. Son introduction a volontairement permis d'élargir le critère organique du droit de l'Union (Section 1) et a incidemment contribué à son autonomisation (Section 2).

Section 1 : Un outil d'extension du critère organique

L'histoire de l'adoption de la directive du 18 juillet 1989⁴⁸ démontre qu'avant tout autre chose, la notion d'organisme de droit public a été conçue comme une réponse à l'insuffisance du critère organique des marchés publics des premières directives. Cette évolution témoigne du passage d'une définition des pouvoirs adjudicateurs uniquement fondée sur le statut des entités (I) à une définition prenant également en compte leur mode de fonctionnement (II).

⁴⁸ Directive 89/440/CEE du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

I. Le constat de l'insuffisance d'un critère organique statutaire

La soumission d'une personne au droit des marchés publics a d'abord été dépendante de l'existence d'un statut public, ou à défaut, dérogatoire au droit commun (A). Face à l'impuissance des règles communautaires à ouvrir à la concurrence les marchés publics, la Commission a pu constater la nécessité d'en élargir le champ d'application organique (B).

A. Le critère historique du statut public ou équivalent

Historiquement, le critère organique des marchés publics européens se forme négativement, par remède à une exclusion. La directive du 7 novembre 1966 visant à imposer aux États membres l'élimination des différences de traitement entre produits nationaux et produits soumis à la libre circulation des marchandises « n'est pas applicable aux dispositions concernant les marchés passés par l'État, ses collectivités territoriales et les autres personnes morales de droit public »⁴⁹. Comme prévu par la directive de 1966⁵⁰, une directive ultérieure du 17 décembre 1969⁵¹ lève l'exception à l'encontre de ces marchés. Les institutions communautaires perçoivent que la préférence accordée aux entreprises nationales dans la fourniture de produits aux personnes publiques constitue un obstacle particulièrement important à la réalisation d'un marché commun, d'où la nécessité d'imposer par voie de directive aux États membres le respect de la libre circulation des marchandises pour leurs marchés publics. La directive du 26 juillet 1971 « Travaux publics »⁵² étend cette exigence au respect de la liberté d'établissement et à la libre prestation de service, tout en considérant que leur réalisation simultanée « comporte parallèlement à l'élimination des restrictions, une coordination des procédures nationales de passation des marchés publics de travaux »⁵³. Elle réunit les entités déjà visées dans la directive de 1966 sous l'appellation de « pouvoir adjudicateur », qui recouvre ainsi l'État, les collectivités territoriales et « les personnes morales de droit public énumérées en annexe »⁵⁴. Cette annexe, dans la première version de la directive, renvoie pour tous les États membres aux « associations de droit public formées par les collectivités territoriales, telles que les associations de communes, les syndicats de communes, gemeindeverbaende, etc. » et pour l'État français aux « autres établissements publics à caractère administratif, à l'échelon national, départemental ou local »⁵⁵. Cette définition minimaliste des pouvoirs

49 Art. 4. Directive 66/683/CEE de la Commission, du 7 novembre 1966.

50 « Considérant que les dispositions législatives, réglementaires et administratives du genre précité concernant les marchés passés par l'État, ses collectivités territoriales et les autres personnes morales de droit public, seront visées par une directive particulière ». Der. cons. Directive 66/683/CEE.

51 Directive 70/32/CEE de la Commission du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public.

52 Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

53 Cons. 1. Directive 71/305/CEE.

54 Art. 1. b. Directive 71/305/CEE.

55 Annexe I. Directive 71/305/CEE.

adjudicateurs étend le champ d'application organique de la directive à la majorité des personnes publiques françaises, à l'exception des établissements publics à caractère industriel et commercial. En effet, le « dogme dualiste »⁵⁶ empêche à l'époque de concevoir une personne publique qui ne soit pas une collectivité ou un établissement public. De fait, peu de personnes rattachables à l'Administration échappent à la directive puisque l'établissement public constitue alors « le procédé normal de gestion publique des services publics »⁵⁷.

Cette définition des pouvoirs adjudicateurs se révèle pourtant très rapidement insatisfaisante, avec l'adhésion du Danemark, de l'Irlande, de l'Irlande du Nord et du Royaume-Uni aux Communautés Européennes. En effet, leurs droits nationaux ne sont pas tous familiers de la notion de « personne morale de droit public ». Les « actes relatifs à l'adhésion aux communautés européennes » modifient la définition des pouvoirs adjudicateurs de la directive en ajoutant aux personnes publiques, « dans les États membres qui ne connaissent pas cette notion, les entités équivalentes »⁵⁸. Cette dernière catégorie n'étant pas définie, il est procédé par renvoi à une liste en annexe. L'idée que la définition des pouvoirs adjudicateurs doit comprendre les entités caractérisées par leur proximité avec l'État commence à transparaître. Ainsi, en Irlande, sont soumises à la directive « les autorités publiques dont les contrats de marchés publics de travaux sont soumis au contrôle de l'État »⁵⁹. La directive du 21 décembre 1976⁶⁰ « Marchés publics de fournitures » reprend cette définition des pouvoirs adjudicateurs et le système de la liste.

B. La nécessité constatée d'un dépassement du critère historique

L'échec de ces deux directives, diagnostiqué par la doctrine⁶¹ et par la Commission⁶², n'est pas imputable au seul critère organique mais à une toute une série de dysfonctionnements⁶³. Face au constat que « moins d'un Écu sur quatre de dépenses publiques dans les domaines relevant des directives de

56 RICHER (L.), « Les personnes publiques innomées » *in* AFDA, *La personnalité publique*, coll. « Colloques & Débats », Lexis Nexis, 2007, p. 133.

57 CHEVALLIER (J.), « La place de l'établissement public en droit administratif français » *in* Publications de la Faculté de Droit et d'Économie d'Amiens, 1972, vol. III, p. 6, <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/2/chevallier.pdf>.

58 Actes relatifs à l'adhésion aux communautés européennes du Royaume de Danemark, de l'Irlande, du Royaume de Norvège et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Acte relatif aux conditions d'adhésion et aux adaptations des traités, 2. Annexes, Annexe I liste prévue à l'article 29 de l'acte d'adhésion, III. Droit d'établissement, libre prestation des services, coordination des procédures dans le domaine des marchés publics de travaux et rapprochement des législations, I. Marchés publics de travaux du 23 mars 1972 (doc. 111972BN/01/3/I/1). *Note* : Le nom de l'acte ne tient pas compte de la rétractation ultérieure du Royaume de Norvège.

59 « *Other public authorities whose public works contracts are subject to control by the State* ». Annexe I. Directive 71/305/CEE.

60 Directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

61 BRÉCHON-MOULÈNES (Ch.), « L'échec des directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976 », *RFDA*, 1988, p. 753.

62 COM(85)310 final, Livre blanc de la Commission sur l'achèvement du marché intérieur, 28 juin 1985.

63 *Ibid.* pt. 85 et s.

coordination fait l'objet d'une publication au Journal officiel et donc, même théoriquement, l'objet d'une concurrence à l'échelle de la communauté »⁶⁴, la Commission tente en novembre 1986 d'arrêter une proposition d'adaptation de la directive sur les marchés publics de travaux⁶⁵. Les nombreuses modifications de l'article 2 définissant les pouvoirs adjudicateurs⁶⁶ au cours de la préparation du document final transmis au Conseil témoignent d'une difficulté pour la Commission de donner un critère organique satisfaisant à la directive.

Dans sa première version⁶⁷, la proposition continue de viser l'État, les collectivités territoriales, les personnes morales de droit public et les « entités équivalentes » mais ajoute deux catégories de pouvoir adjudicateur. Les « associations de droit public formées par ces collectivités ou ces personnes morales » sont désormais visées directement dans le corps de la directive, tout comme « les personnes morales dans lesquelles les pouvoirs susdits détiennent un intérêt prépondérant »⁶⁸. Enfin, cette première version du projet supprime l'annexe contenant la liste des personnes morales de droit public et des « entités équivalentes ». Les différentes catégories de pouvoirs adjudicateurs, en plus de n'être toujours pas définies, ne sont même plus identifiables sur la base de la seule directive. Du point de vue du critère organique, les termes employés sont imprécis et n'ont pas de signification juridique univoque.

Il ne faut que trois jours aux commissaires européens Francis Arthur Cockfield et Karl-Heinz Narjes pour proposer un « corrigendum »⁶⁹ comportant une définition bien plus précise. Les « personnes morales dans lesquelles les pouvoirs susdits détiennent un intérêt prépondérant » deviennent « les personnes morales sur lesquelles les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent ». L'alinéa 2 précise que « cette influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de la personne morale :

- i) détiennent la majorité du capital souscrit ou,
- ii) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises ou,
- iii) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction et de surveillance. »⁷⁰.

Cette définition est identique à celle de la notion d'« entreprise publique » posée par la directive du 25

64 *Ibid.* point. 83.

65 COM(1986)679 du 18 novembre 1986.

66 Les numéros d'articles renvoient à la numérotation du projet et de la directive modifiant la directive 71/305 et non aux articles de la directive 71/305 modifiée. Ainsi, il s'agit ici de l'article 2 du projet de directive dont l'objet est de modifier l'article 1 paragraphe b) de la directive 71/305.

67 COM(1986)679 du 18 novembre 1986.

68 La Commission entend sans doute qualifier de pouvoirs adjudicateurs des personnes morales de droit privé, les personnes publiques et entités équivalentes étant déjà spécifiquement visées.

69 COM(1986)679/3 du 21 novembre 1986.

70 Art. 2. al. 2. COM(1986)679/3 du 21 novembre 1986.

juin 1980⁷¹. D'après le *corrigendum*, la qualification de personne morale soumise à « l'influence dominante » des pouvoirs publics n'entraîne pas automatiquement la qualification de pouvoir adjudicateur. Ces personnes sous influence ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs dès lors qu'elles « offrent sur les marchés contre rémunération des biens ou des services, autres que d'utilité publique ». On ne peut que souligner le bond qualitatif opéré dans la définition des pouvoirs adjudicateurs par le *corrigendum*. La reprise des critères issus de la directive 80/723 tente d'introduire de la cohérence entre les notions. La notion d'« influence dominante » permet ici de caractériser le lien étroit, difficile à saisir, entre une entité et l'Administration, justifiant une certaine vigilance du droit de l'Union afin de parvenir à une égalité. Égalité entre entreprise privée et entreprise publique concernant la directive 80/723 ; égalité entre les candidats aux marchés des personnes morales sous « influence dominante » concernant la réglementation des marchés publics de travaux. L'idée sous-jacente est que « l'influence dominante » des pouvoirs publics est un facteur de distorsion de la concurrence. La tentative d'en établir une définition claire, précise et surtout commune à plusieurs domaines témoigne de la volonté de concourir à la lisibilité du droit de l'Union et à son application uniforme.

Cette nouvelle définition des pouvoirs adjudicateurs, bien que constituant un progrès notable, est pourtant rapidement remise en cause par une réunion spéciale des Chefs de cabinet du 24 novembre 1986 prévoyant que « l'article 2, et plus particulièrement la définition des "pouvoirs adjudicateurs", sera précisé »⁷². Les Chefs de cabinet, en voulant « préciser » la notion de pouvoir adjudicateur, en posent une définition moins ambitieuse. Dans cette nouvelle version du projet :

« Sont considérés comme “pouvoirs adjudicateurs” :

- l'Etat, les collectivités territoriales, les personnes morales de droit public ou les entités équivalentes, les associations de droit public formées par ces collectivités ou ces personnes morales, ainsi que
- les entreprises publiques ou privées bénéficiaires de concessions de service public ou auxquelles l'État ou les collectivités territoriales ont accordé des droits spéciaux ou exclusifs »⁷³.

Les efforts de construction de la notion de personne morale « sous influence » des pouvoirs publics sont abandonnés, pour ne recouvrir que les entreprises délégataires de service public ou détentrices de droits spéciaux ou exclusifs. Ces dernières sont automatiquement qualifiées de pouvoirs adjudicateurs alors que rien n'indique qu'elles soient toujours « proches » de l'Administration, la nature de leur activité pouvant parfois nécessiter un droit exclusif ou spécial.

Cette définition des pouvoirs adjudicateurs est conservée par la Commission dans la version

71 Art. 2. Directive 80/723/CEE de la Commission relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.

72 COM(1986)679/4 du 24 novembre 1986.

73 Art. 2. COM(1986)679/5 du 13 décembre 1986.

transmise au Parlement Européen⁷⁴. Les hésitations internes à la Commission témoignent d'un réel embarras et d'une absence de consensus autour d'une définition satisfaisante des pouvoirs adjudicateurs. Comme le souligne le professeur et avocat italien Guiseppe La Rosa « si l'objectif principal de la Communauté est la réalisation d'un marché concurrentiel unique, la conséquence immédiate est la soumission au respect des procédures d'appels d'offres des personnes qui, bien que formellement privées, n'agissent pas sur le marché selon la logique concurrentielle. »⁷⁵. En réalité, il manque une notion centrale qui comprenne toutes les personnes morales dont l'objet et le mode de fonctionnement traduisent une proximité avec l'État ou les collectivités territoriales. Les directives de 1971 et de 1976 focalisent le critère organique sur le statut des entités, postulant implicitement une différence de nature juridique entre l'Administration et les particuliers. Une telle approche repose sur un présupposé rendu erroné par l'élargissement de la Communauté à des États membres qui, « pour la réalisation de leurs missions d'intérêt général (...) se servent, de plus en plus, d'un ensemble d'entités écrans, soumises à des formes et régimes juridiques divers. »⁷⁶.

II. L'introduction de la notion d'organisme de droit public comme avènement d'un critère organique hybride et durable

Le document qui fait définitivement basculer la définition du critère organique est le rapport de la commission économique, monétaire et de politique industrielle du 5 avril 1988⁷⁷, approuvé par le Parlement européen en séance le 18 mai 1988⁷⁸. Ce rapport recourt à la notion d'organisme de droit public pour définir plus largement les pouvoirs adjudicateurs (A). Les modifications introduites ultérieurement par la Commission et le Conseil tendent à limiter l'élargissement (B) d'une notion qui s'inscrit dans la durée (C).

A. Le rapport de la commission économique : l'extension initiée

Lorsque la proposition de directive transmise par la Commission au Parlement européen est renvoyée pour examen au fond à la commission économique, celle-ci introduit pour la première fois la notion d'organisme de droit public dans la définition des pouvoirs adjudicateurs. Après amendement

74 COM(1986)679 final du 23 décembre 1986.

75 « *Se l'obiettivo principale della Comunità è la realizzazione di un mercato unico concorrenziale, la conseguenza immediata è la sottoposizione al rispetto delle procedure di evidenza pubblica di soggetti che, benché formalmente privati, non agiscono nel mercato seguendo le logiche concorrenziali.* ». LA ROSA (G.), « L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza », *Le Istituzioni del Federalismo*, n° 2, 2007, p. 293.

76 « *para la realización de sus tareas de interés general, los Estados miembros -crecientemente- se sirven de un conjunto de entidades instrumentales, sujetas a formas y regímenes jurídicos diversos.* ». CERUTTI (C.), « Concepto de "organismo de Derecho público" en la normativa contractual pública », *Noticias de la Unión Europea*, n°329, Junio 2012, p. 167.

77 Rapport fait au nom de la commission économique, monétaire et de politique industrielle du 5 avril 1988, doc A2-37/88.

78 JO C 167 du 27 juin 1988, PV 18.05 (88/C 167/03) : 167/75, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?qid=1583772488764&uri=OJ:JOC_1988_167_R_0050_01.

par la commission économique, « sont considérés comme “pouvoirs adjudicateurs” l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public, les associations de droit public formées par ces collectivités ou ces organismes. »⁷⁹. L'organisme de droit public est défini avec une grande précision. Il s'agit de :

- « tout organisme,
- créé par un acte législatif, réglementaire ou administratif pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autres que ceux ayant un caractère industriel ou commercial
- doté d'une personnalité juridique
- dont les organes de gestion sont constitués, en totalité ou en partie, par des organes ou des fonctionnaires de l'État ou des collectivités territoriales ou par des responsables nommés par ces derniers, et dont l'activité est financée essentiellement par l'État ou les collectivités territoriales. »⁸⁰.

Le deuxième tiret de l'article 2 concernant les entreprises délégataires de service public ou titulaires de droits exclusifs et spéciaux est supprimé⁸¹. Ainsi, il n'y a plus que quatre catégories de pouvoirs adjudicateurs : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et leurs associations. La notion « d'organisme de droit public » est conçue comme la pièce centrale de l'extension du critère organique de la directive.

L'exposé des motifs du rapport met en lumière les enjeux liés à l'élargissement du critère organique et justifie implicitement l'introduction de la notion d'organisme de droit public. Tout comme la Commission Européenne, la commission économique se montre méfiante à l'égard des listes, puisque dans le cadre de l'extension du champ d'application, « il faudrait (...) prévoir une liste tellement longue que sa gestion s'en trouverait très compliquée et d'autant moins contrôlable »⁸². De plus, elle constate le progrès que représente la soumission à la directive des entreprises bénéficiaires de concessions de services publics ou titulaires de droits spéciaux et exclusifs, facteur « d'uniformisation du champ d'application dans les divers États membres »⁸³. Néanmoins, elle considère que l'intégration directe de ces notions dans la définition des pouvoirs adjudicateurs « peut, d'une part mener à une adaptation trop extensive et, d'autre part, exclure certaines entreprises qui devraient être couvertes par une application non discriminatoire de la directive »⁸⁴. Ainsi, plusieurs entreprises (par exemple les sociétés de taxis) doivent obtenir une concession dans certains États membres et relèveraient donc de la directive, tandis qu'y échapperaient des entreprises qui assurent des services publics sans qu'une concession ou des droits spéciaux aient été accordés. Pour la commission, « il faudrait donc, d'une part, que la définition

79 Amendement n°4. Rapport précité.

80 *Ibid.*

81 Amendement n°5. Rapport précité.

82 Rapport précité, pt. 8.

83 *Ibid.*, pt. 10

84 *Ibid.*

[des “pouvoirs adjudicateurs”] englobe les monopoles de fait, et d'autre part que la notion de service public soit précisée »⁸⁵. Il apparaît que l'intégration des « secteurs exclus de la directive de 1971 »⁸⁶ constitue le cœur des difficultés. Ceux-ci sont justement « exclus » en raison de la définition restrictive des « pouvoirs adjudicateurs »⁸⁷. Le champ d'application limité aux personnes morales de droit public et entités équivalentes, ne tenant pas compte de la diversité des formes juridiques des organismes assurant ces services dans les États membres, « aurait inévitablement entraîné des distorsions de la concurrence ». Aussi, « il est donc absolument nécessaire que, dans tous les États membres, toutes les instances compétentes dans les secteurs exclus tombent sous l'application de la directive ». De même, la commission s'inquiète de la non-soumission de l'opérateur britannique Telecom⁸⁸ à la Directive « Travaux » alors que celle-ci n'exclut pas expressément le secteur des télécommunications (contrairement aux directives Fournitures de 1976 et de 1988⁸⁹)

L'un des enjeux majeurs de la définition des « pouvoirs adjudicateurs » devient l'appréhension égalitaire des opérateurs des secteurs en réseau. Toutefois, doivent également être couvertes les entités déjà soumises à la directive de 1971, à savoir les personnes morales de droit public et les entités équivalentes. C'est pourquoi la définition proposée de la notion « d'organisme de droit public » concilie une dimension « matérielle » portant sur l'activité exercée, et une dimension « structurelle » portant sur la proximité avec l'État et les collectivités territoriales. D'une part, l'organisme est créé « pour satisfaire spécifiquement un besoin autre qu'industriel ou commercial » et d'autre part, sont établis des critères de financement majoritaire par l'État ou les collectivités et de composition des organes de gestion. Néanmoins, force est de constater que l'extension est contenue, puisque la mention « créé par un acte législatif, réglementaire ou administratif » exclut de la qualification d'organisme de droit public les personnes morales de droit privé créées par contrat.

La notion d'organisme de droit public n'est donc pas, comme cela est fréquemment affirmé⁹⁰, inspirée de la jurisprudence *Beentjes*⁹¹. Dans cet arrêt, la Cour de Justice considère que « la notion d'État,

85 *Ibidem*.

86 « En l'occurrence, les transports par terre, par air ou par mer et la production, le transport et la distribution d'eau potable ou d'énergie ». *Ibid.* pt. 11.

87 Cons. 4 à 6. Directive 71/305/CEE.

88 Rapport précité, pt. 11.

89 Directive 88/295/CEE du Conseil du 22 mars 1988 modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE.

90 LA ROSA (G.), « « L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza », *op. cit.*, p. 294. ; LIBERTINI (M.), « Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta », *Federalism.it*, 2008, p. 2 ; FÉRAILLE (D.), « La notion d'organisme de droit public dans la réglementation communautaire des marchés publics » in ECKERT (G.), et al.(dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit français*, 2007, Presses universitaires de Strasbourg, p. 233 ; SPAGNA (V.), *op. cit.*, p. 70.

91 CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, C-31/87, concl. Darmon, *Rec.* I-4635.

au sens de cette disposition, doit recevoir une interprétation fonctionnelle ». C'est justement cette interprétation fonctionnelle qui serait à l'origine de la notion d'organisme de droit public. Chronologiquement, le rapport de la commission économique introduit cette notion dès le 5 avril 1988, soit un mois avant les conclusions de l'avocat général⁹² sur cette affaire et cinq mois avant la décision. Ainsi, la paternité de la notion d'organisme de droit public revient à cette commission parlementaire et non à la Cour de Justice.

La confusion dans le rôle de la jurisprudence *Beentjes* revient à établir une filiation là où il y a simplement une identité d'inspiration et de but. D'inspiration d'abord, puisque la Cour de Justice et la commission économique tentent d'adapter le droit des marchés publics au « phénomène courant de la vie administrative dans les sociétés développées : le développement des “démembrements de l'administration” »⁹³. De but ensuite, puisque leur objectif commun est l'élargissement du critère organique des marchés publics : par une interprétation extensive pour la Cour, par une redéfinition pour la commission. En revanche, comme nous le verrons, l'approche fonctionnelle de l'arrêt *Beentjes* a indéniablement influencé la façon dont la Cour de Justice a appréhendé la notion d'organisme de droit public.

B. La finalisation du critère organique : l'extension contenue

La Commission, examinant la proposition modifiée par la commission parlementaire, admet que « pour parvenir à une application équilibrée de la directive, il apparaît indispensable de remplacer la notion de personne morale de droit public par celle d'organisme de droit public »⁹⁴. La définition est affinée par la Commission qui supprime la mention « créé par un acte législatif, réglementaire ou administratif », afin de couvrir l'hypothèse d'une société ou d'une association créée par contrat. Reprenant l'une des trois hypothèses d'influence dominante de l'État sur une entreprise publique, la troisième condition dispose désormais que « l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'Etat, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public ». De plus, la formulation de la troisième condition est plus rigoureuse puisque l'organisme doit désormais être financé « majoritairement » et plus « essentiellement ». De même, dans la nouvelle rédaction, le financement et la nomination des membres sont le fait de l'État, des collectivités territoriales, mais également d'autres « organismes de droit public ». Cette extension est substantielle puisque la qualification d'organisme de droit public d'une société devient également applicable à ses filiales (dès lors, bien entendu, qu'elles respectent toutes les

92 Concl. DARMON, 4 mai 1988 sur CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, C-31/87.

93 *Ibid.*, pt. 10.

94 COM(1988)354 final du 20 juin 1988, p. 5.

conditions).

Cette nouvelle définition des « organismes de droit public » est plus contraignante pour les autorités publiques nationales. Celles-ci ne peuvent théoriquement plus faire échapper une entité au champ d'application de la directive en utilisant l'outil contractuel, ou en créant une filiale. Néanmoins, la Commission adopte une position ambiguë : alors qu'elle s'évertue à étendre considérablement le critère organique de la directive « Travaux », elle refuse que celle-ci soit appliquée aux « secteurs exclus ». Sur ce point, la Commission se place à rebours des évolutions introduites depuis le début de la procédure. Cette position s'explique par des considérations politiques. La Commission estime préférable de régler la question des secteurs exclus « non dans un cadre aussi horizontal que la directive travaux, mais plutôt dans le cadre des mesures spécifiques qui seront élaborées »⁹⁵.

La définition de l'organisme de droit public est modifiée une dernière fois par le Conseil, dans sa position commune du novembre 1988⁹⁶. Celui-ci indique que « la notion d'organisme de droit public a été précisée davantage, mais toujours dans l'esprit proposé par le Parlement ». Au terme de trois années d'hésitations, la directive du 18 juillet 1989 dispose que l' « 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 d'une 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 de 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 listes des organismes et des catégories d'organismes de droit public qui remplissent les critères énumérés au deuxième alinéa du présent point figurent à l'annexe I »⁹⁷.

Ainsi, les critères du financement et de la maîtrise de la composition de l'organe dirigeant ne sont plus cumulatifs, mais deviennent des « sous-critères » alternatifs, auxquels est ajoutée l'hypothèse d'une soumission de la gestion à un contrôle. Ces trois sous-critères alternatifs forment un critère de « rattachement » à l'Administration, qui est désormais plus facile à établir. La notion d'organisme de droit public n'est donc pas simplement « précisée », mais bien élargie. Toutefois, l'utilité pratique des progrès effectués dans la définition des pouvoirs adjudicateurs est fortement réduite par la réintroduction de listes en annexe même si celles-ci « sont aussi complètes que possible » et que les

95 *Ibid.*

96 Position commune du Conseil 8970/88 du 31 octobre 1988 et du 8 novembre 1988.

97 Art. 1 Directive 89/440/CEE du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

États doivent périodiquement informer la Commission des changements à opérer.

C. L'hybridation du critère organique : l'extension pérennisée

La postérité de cette définition des pouvoirs adjudicateurs est indéniable puisqu'elle a été reprise dans l'intégralité des directives relatives aux marchés publics qui ont suivi. Les directives de la « deuxième vague »⁹⁸ transposent le critère organique de la directive Travaux de 1989 aux différents types de marchés publics, de services en 1992⁹⁹, de fournitures¹⁰⁰ et de travaux¹⁰¹ en 1993. Ces directives adoptent d'ailleurs une liste commune des organismes de droit public, preuve que la notion de pouvoir adjudicateur transcende les textes. L'alignement du critère organique des marchés publics de travaux, fourniture et services est achevé par la reprise de la définition dans la directive « secteurs classiques » de 2004¹⁰². Aujourd'hui, on retrouve cette même définition dans les directives « Marchés » et « Concessions » de 2014¹⁰³, la liste en annexe ayant été supprimée. Par ailleurs, selon son activité, un pouvoir adjudicateur peut être qualifié d'entité adjudicatrice, la définition est donc également présente dans les directives sur les secteurs spéciaux (anciennement « exclus ») en 1993¹⁰⁴, 2004¹⁰⁵ et 2014¹⁰⁶.

L'histoire législative de la directive de 1989 nous enseigne que l'évolution des marchés publics est guidée par le principe de l'égalité concurrence, sur deux niveaux distincts. L'élargissement du critère organique des marchés publics conduit à une plus grande concurrence entre entrepreneurs. Comme l'indique le professeur Kalflèche, le droit de l'Union européenne a une approche « qui vise à recouvrir toutes les manifestations de la puissance publique, voire plus prosaïquement de l'argent public »¹⁰⁷. Mais cet élargissement ne doit pas introduire de distorsion de concurrence en défaveur des États membres où la puissance publique assume directement un grand nombre de services. La définition des pouvoirs

98 BLUMANN (C), DUBOIS (L.), *Droit matériel de l'Union européenne*, coll. « précis Domat », LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, p. 823.

99 Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

100 Directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

101 Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

102 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.

103 Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE ; Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

104 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.

105 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.

106 Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

107 KALFLÉCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse Paris II, 2004, p. 222.

adjudicateurs, grâce à la notion d'organisme de droit public, tend vers la recherche d'un équilibre entre ces deux impératifs. La directive de 1971 définit les pouvoirs adjudicateurs en fonction d'un statut particulier suspect du point de vue de la concurrence. À l'inverse, la directive de 1989 continue de viser l'État et les collectivités territoriales, parfois qualifiés de pouvoirs adjudicateurs « par nature »¹⁰⁸, mais intègre aussi des personnes soumises en fonction de critères additionnels. Ces personnes sont qualifiées de pouvoirs adjudicateurs parce qu'elles sont « suspectes », cette suspicion pouvant provenir d'un statut particulier, mais pas uniquement. Les trois sous-critères alternatifs permettent d'étendre la vigilance du droit de l'Union à toute personne dont le mode de fonctionnement traduit une dépendance à l'égard de la puissance publique. Or, chacun de ces sous-critères peut potentiellement être rempli tant par un statut exorbitant (par exemple la personnalité publique) que par une appropriation des structures de droit commun par l'État ou les collectivités. Ainsi, la définition des pouvoirs adjudicateurs issue de la directive de 1989 n'est pas complètement indifférente au statut. Celui-ci permet à lui seul de qualifier certains pouvoirs adjudicateurs (l'État, collectivités et leurs associations) mais peut également caractériser l'influence publique nécessaire à la qualification d'organisme de droit public.

C'est pourquoi nous affirmons que la notion d'organisme de droit public a permis le passage d'un critère organique statutaire à un critère organique « hybride ». Nous le qualifions d'hybride car il n'est pas purement fonctionnel : le droit de l'Union s'intéresse moins à ce que fait une entité qu'aux conditions dans lesquelles elle le fait. Le critère de la création pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, loin d'infirmer, confirme cet état des choses. En effet, ce critère renvoie moins à la nature de l'activité qu'à son exercice dans des conditions autres que celles du marché¹⁰⁹. Ce constat est finalement assez logique si on veut bien se rappeler que la réglementation particulière des marchés publics est une conséquence de l'obligation pour la puissance publique de mettre en œuvre les libertés de circulation.

Enfin, on notera que la suppression de l'annexe par les directives de 2014 contenant la liste des organismes de droit public, devenue « non exhaustive » depuis les directives de 2004, permet de donner tout son sens au recours à cette définition. Cette suppression vient également consacrer le travail de précision, effectué par la Cour de Justice depuis 1989, visant à progressivement détacher la notion d'organisme de droit public de l'influence des droits nationaux.

108 *Ibid.*

109 *Cf. Infra* Partie 1, Section 2, I, A.

Section 2 : Un outil d'autonomisation du critère organique

L'objectif du droit des marchés publics de l'Union européenne est l'ouverture à la concurrence. Pour ce faire, le législateur européen procède non par l'intermédiaire d'une réglementation commune directement applicable, mais par voie de directives. Le droit des marchés publics est donc un droit « à transposer ». Or, « parmi les obligations pesant sur les autorités nationales investies de la responsabilité de transposer les directives, figure celle de respecter le sens des termes employés par le texte communautaire »¹¹⁰. Dès lors, la définition du critère organique des directives ne se réalise concrètement que tant qu'elle est épargnée par les droits nationaux. En effet, l'application *ratione personae* du droit des marchés publics peut être sujette à une double dépendance, du fait de la part d'imprécision de la définition du critère organique et du fait du renvoi qu'elle effectue aux droits nationaux. La Cour de Justice, par ses précisions apportées à la notion d'organisme de droit public, a largement contribué à réduire la marge d'interprétation des autorités nationales (I). Par ailleurs, si la qualification d'organisme de droit public s'appuie effectivement sur les droits nationaux, elle rend paradoxalement inutile le recours aux notions nationales pour faire place à une définition européenne des pouvoirs adjudicateurs (II).

I. L'autonomisation par l'interprétation de la Cour de Justice

Préciser les définitions employées par les directives permet « de parvenir à un fort degré d'harmonisation » car, dans cette hypothèse, « le rôle concédé à l'État membre dans la codétermination de la norme est des plus réduits puisqu'il doit respecter l'interprétation authentique imposée par les autorités communautaires »¹¹¹. Ce constat est tout à fait applicable aux « interprétations complétives » *a posteriori* de la Cour de justice qui « s'imposent aux autorités en charge de transposer la disposition interprétée même postérieurement à la transposition »¹¹². L'« important contentieux » généré par la tendance des États membres à « récuser [la qualification d'organisme de droit public] pour se soustraire à l'application des directives », a donné l'occasion à la Cour de Justice d'en préciser les critères¹¹³. Seul le critère relatif à la personnalité morale n'a pas posé vraiment de difficulté. Les deux autres critères ont été précisés par une interprétation qu'il convient de qualifier de « fonctionnelle » (A), voire, pour certains éléments, de créatrice (B). Signe de son importance, une partie de la jurisprudence de la Cour a même été intégrée dans le texte des directives de 2014 (C).

110 DENYS (S.), RIGAUX (A.), « Les contraintes de la transcription en droit français des directives communautaires : le secteur de l'environnement », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°3, 1991, p. 302.

111 ZOLYNSKI (C.), *Méthode de transposition des directives communautaires*, coll. « NBT », Dalloz, 2007, p. 67.

112 *Ibid.* p. 116.

113 BLUMANN (C), DUBOUIS (L.), *op. cit.*, p. 823

A. L'interprétation fonctionnelle de la Cour de Justice

La jurisprudence *Mannesmann* du 15 janvier 1998¹¹⁴ jette les bases d'une interprétation qu'on a pu justement qualifier de « fonctionnelle »¹¹⁵ de la notion d'organisme de droit public. Dans cette affaire, la Cour doit déterminer si l'*Osterreichische Staatsdruckerei* est un pouvoir adjudicateur. Cette entité autrichienne possède le statut de commerçant et assume des missions de production d'imprimés pour l'administration fédérale, notamment les passeports, les permis de conduire, les cartes d'identité, le journal officiel fédéral, les recueils fédéraux de lois et de décisions, les formulaires et la *Wiener Zeitung* (un journal quotidien généraliste). Dans ses conclusions, l'avocat général Philippe Léger rappelle que « l'objectif qui est assigné [à la législation communautaire sur les marchés publics] vise à garantir aux opérateurs économiques, quelle que soit leur origine, l'égalité d'accès aux marchés proposés, pour la réalisation de ses projets, par la puissance publique, indépendamment de la forme que celle-ci peut prendre »¹¹⁶. Ainsi, il estime que « c'est à la lumière de cet objectif qu'il convient d'interpréter la directive ». Ce faisant, il propose à la Cour de transposer l'approche fonctionnelle de l'État retenue dans l'arrêt *Beentjes* à l'interprétation de la notion d'organisme de droit public. Ce point de départ sert de référence aux précisions ultérieures de la Cour de Justice, qui concernent principalement le critère de l'activité de l'organisme (1) et les sous-critères alternatifs du financement majoritaire (2) et de la soumission de la gestion à un contrôle (3).

1. Le critère de la création pour satisfaire spécifiquement des besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Dans l'arrêt *Mannesmann*, la Cour s'attarde sur la première condition. Elle précise que le terme « spécifiquement » n'est pas synonyme d'exclusivement : peut donc être qualifiée d'organisme de droit public une entité qui satisfait également des besoins sur le marché concurrentiel. Se pose alors inévitablement la question du sens de l'expression « besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ». Pour l'avocat général, « on peut penser que, si le législateur a fixé la frontière qui sépare les organismes dont l'activité est soumise à la réglementation sur les marchés publics des autres organismes, au moyen du critère tiré des “ besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel ou commercial ”, c'est parce que ces derniers se trouvent soumis à une concurrence de la part d'autres opérateurs économiques qui les dissuade de choisir leurs cocontractants sur le fondement de critères discriminatoires »¹¹⁷. Sur ce point, l'arrêt ne reprend pas cette idée.

De plus précieuses précisions sont apportées quelques mois plus tard par la jurisprudence *BFI*

114 CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96, concl. Léger, *Rec.* I-00073.

115 ZIMMER (W.), « Marchés publics », *Répertoire de droit européen*, 2006, n° 20 et s.

116 Concl. LÉGER, 16 septembre 1997, pt. 47 et s. sur CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96.

117 *Ibid.*, pt. 69.

*Holding*¹¹⁸. Il est d'abord demandé à la Cour si les besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial doivent être opposés aux besoins industriels ou commerciaux ou s'ils forment une catégorie particulière de besoins d'intérêt général. Sur ce point, la Cour opte pour la deuxième hypothèse, notamment parce que « si le législateur communautaire avait estimé que tous les besoins d'intérêt général ont un caractère autre qu'industriel ou commercial, il ne l'aurait pas spécifié puisque, dans cette perspective, ce second élément de la définition n'aurait aucune utilité ». Quant au critère de distinction entre les deux, la Cour se place dans le prolongement de l'arrêt *Mannesmann*, en notant que « l'existence d'une concurrence n'est pas dépourvue de toute pertinence ». Néanmoins, elle constate que « le fait qu'il existe une concurrence ne suffit pas pour exclure la possibilité qu'un organisme (...) se laisse guider par des considérations autres qu'économiques », ce qui laisse supposer qu'il s'agit simplement d'un indice. La Cour finit par se fonder sur l'annexe listant les organismes de droit public tout en précisant que celle-ci n'est pas exhaustive. Selon la Cour, « l'analyse de cette énumération démontre qu'il s'agit de besoins que pour des raisons liées à l'intérêt général, l'État choisit de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence dominante ». Suivant ces précisions, elle conclut que le ramassage des ordures ménagères s'apparente bien un besoin ayant un caractère autre qu'industriel et commercial.

L'arrêt *Agorà et Excelsior*¹¹⁹ constitue la première tentative d'établissement d'une liste des indices d'identification des besoins autres qu'industriels ou commerciaux. Pour déterminer la nature de l'activité d'organisation de foires, la Cour prend en compte quatre éléments : le fait que l'organisme offre ses services sur un marché, qu'il supporte les pertes liées à son activité, « qu'il ne s'agit pas de besoins que l'État choisit en général de satisfaire lui-même ou à l'égard desquels il entend conserver une influence déterminante » et qu'il opère sur un marché concurrentiel. Elle en déduit que l'organisation de foires a un caractère industriel et commercial. La jurisprudence *Korbonen*¹²⁰ reprend à son compte ces éléments en précisant explicitement qu'un organisme qui offre ces services sur un marché peut tout de même être qualifié d'organisme de droit public. En effet, outre l'existence d'une concurrence développée, « d'autres facteurs doivent être pris en compte avant de parvenir à une telle conclusion et, notamment, la question de savoir dans quelles conditions l'organisme en question exerce ses activités ». Selon la Cour, « si l'organisme opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, il est peu probable que les besoins qu'il vise à satisfaire soient d'une nature autre qu'industrielle ou commerciale »¹²¹.

118 CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, C-360/96, concl. La Pergola, *Rec.* I-6821.

119 CJCE, 10 mai 2001, *Agorà Srl et Excelsior Snc di Pedrotti Bruna*, aff. jtes., C-223/99 et C-260/99, concl. Alber, *Rec.* I-03605.

120 CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korbonen Oy*, C-18/01, concl. Alber, *Rec.* I-05321, spéc. pt. 50 et s.

121 *Ibid.*, pt. 51.

L'arrêt *Commission contre Espagne* du 16 octobre 2003 fait la synthèse de ces jurisprudences. Selon cet arrêt, « l'existence ou l'absence d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou 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 de poursuite 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 »¹²².

Il nous semble pourtant que ces différents indices tendent vers un critère unique : l'organisme ne doit pas exercer ses activités visant à répondre à un besoin d'intérêt général dans les conditions normales du marché. La première étape consiste donc à regarder si son activité répond à un besoin d'intérêt général. Si tel est le cas, il faut vérifier si ce besoin d'intérêt général est autre qu'industriel ou commercial, c'est-à-dire que l'organisme n'y répond pas dans les conditions normales du marché. Celui-ci peut donc agir hors-marché et dans ce cas le critère est *de facto* rempli. Mais il peut également être un acteur du marché. Dans ce cas, il convient de vérifier si le marché offre une concurrence suffisante pour que l'organisme ne se laisse pas dicter par des considérations autres qu'économiques, sinon les besoins qu'il satisfait ne peuvent être qualifiés d'industriels ou commerciaux. Si tel est le cas, il faut encore déterminer si l'organisme agit comme un opérateur « normal », par le recours aux indices de l'existence d'un financement public, du but lucratif, et surtout du risque. Aussi, plus qu'un simple faisceau d'indices, la combinaison des différents arrêts de la Cour offre une véritable méthode d'identification. S'il paraît évident que l'existence d'une concurrence doit s'apprécier au regard du marché pertinent, la jurisprudence de la Cour reste lacunaire sur ce point. Elle a pu préciser que « pour ce qui est (...) de l'environnement économique pertinent ou, autrement dit, du marché de référence (...), il convient de prendre en considération le secteur pour lequel [l'organisme] a été créé »¹²³. Cette affirmation est, nous le verrons, absolument illogique au regard de la non-importance que la Cour donne à l'expression « créé spécifiquement pour ». De plus, elle ne donne pas d'indication sur un quelconque critère géographique ou sur la nature des produits comme elle le fait en droit de la concurrence¹²⁴.

Enfin, pour permettre une vision d'ensemble des activités pour lesquelles il faut déterminer si elles sont ou non industrielles ou commerciales, nous pouvons reprendre les conclusions de l'avocat

122 CJCE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume d'Espagne*, C-283/00, concl. Alber, *Rec. I-11697*, spéc. pt. 81 et s.

123 CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, C-393/06, concl. Damaso Ruiz-Jarabo, *Rec. I-02339*, pt. 43.

124 FÉRAILLE (D.), « La notion d'organisme de droit public dans la réglementation communautaire des marchés publics », *op. cit.*, p. 249.

général Alber sur l'arrêt *Truley*. Celui-ci dresse la liste des activités reconnues comme des besoins d'intérêt général, à savoir : « l'impression de documents officiels (...) l'enlèvement et le traitement des ordures ménagères, l'entretien des forêts nationales et le soutien de l'industrie forestière, la gestion d'une université, la gestion de réseaux publics de télécommunications, l'activité des "Offices d'aménagement et de construction" et d'une "Société anonyme d'habitations à loyer modéré", qui gèrent la construction de logements sociaux, et, enfin, l'organisation de foires et d'expositions »¹²⁵. Nous pouvons l'actualiser en ajoutant l'activité de pompe funèbre¹²⁶, l'achat, la vente et la location de biens immobiliers ainsi que l'organisation et la fourniture de services de gestion immobilière¹²⁷ ; la construction et la gestion de centre pénitentiaire¹²⁸ ; la gestion et la promotion des professions de santé¹²⁹, l'exploitation d'un centre d'épuration¹³⁰ ou encore le transport de déchets jusqu'à une centrale thermique¹³¹.

2. Le financement majoritaire. Dans une affaire concernant l'Université de Cambridge, la Cour a d'abord été amenée à préciser la définition du financement. En se référant aux considérations de la jurisprudence *Mannesmann*, l'avocat général Alber estime nécessaire de « clarifier la notion de financement pour en déduire une relation étroite de son bénéficiaire avec le fournisseur de la prestation »¹³². Dans son arrêt *University of Cambridge*, la Cour considère que « si le mode de financement d'un organisme donné peut être révélateur d'une dépendance étroite de cet organisme par rapport à un pouvoir adjudicateur, force est toutefois de constater que ce critère n'a pas une portée absolue »¹³³. Elle précise que « tous les versements effectués par un pouvoir adjudicateur n'ont pas pour effet de créer ou d'approfondir un lien spécifique de subordination ou de dépendance » et qu'ainsi « seules les prestations qui financent ou soutiennent, au moyen d'une aide financière versée sans contre-prestation spécifique, les activités de l'entité concernée peuvent être qualifiées de "financement public" ». Le financement est donc un financement sans contrepartie.

Une deuxième difficulté est survenue concernant les caisses publiques d'assurance maladie allemandes. Ces dernières sont financées en majorité, non par un autre pouvoir adjudicateur, mais par les cotisations des assurés dont elles fixent elles-mêmes les taux sous réserve du contrôle d'une autorité de tutelle. Cependant, si les allemands peuvent choisir leur caisse, l'affiliation à l'une d'entre elles est

125 Concl. ALBER, 21 mars 2002, pt. 64 sur CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, C-373/00.

126 CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, concl. Alber, Rec. I-01931.

127 CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, C-18/01, concl. Alber, Rec. I-05321.

128 CJCE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume d'Espagne*, C-283/00, concl. Alber, Rec. I-11697.

129 CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, concl. Mengozzi, Rec. num.

130 CJCE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C-470/99, concl. Alber, Rec. I-11617.

131 CJCE, 18 novembre 2004, *Commission contre Allemagne*, C-126/03, concl. Geelhoed, Rec. I-11197.

132 Concl. ALBER, 11 mai 2000, pt. 40 sur CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98.

133 CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, concl. Alber, Rec. I-08035, pt. 21.

obligatoire. De plus, il existe un système de financement solidaire entre les caisses. L'arrêt *Hans & Christophorus* du 11 juin 2009¹³⁴ met fin aux hésitations de la doctrine et de la jurisprudence sur leur qualification d'organisme de droit public. Selon cet arrêt, « des cotisations mises à la charge des affiliés qui sont imposées, calculées et recouvrées suivant des règles de droit public » constituent un financement public. Un organisme financé par des cotisations imposées par un autre pouvoir adjudicateur (en pratique l'État ou les collectivités) peut donc être un organisme de droit public. Les jurisprudences *University of Cambridge* et *Christophorus* ont été synthétisées par l'arrêt *IVD GmbH* qui réitère que « la notion de financement vise un transfert de moyens financiers opéré sans contrepartie spécifique, dans le but de soutenir les activités de l'entité concernée » et que « le critère relatif au financement majoritaire par les pouvoirs publics englobe un mode de financement indirect »¹³⁵.

Dans l'affaire *University of Cambridge*, la Cour a également indiqué « que le terme “majoritairement” (...) doit être interprété comme signifiant “plus de la moitié” ». Celui-ci est apprécié en tenant compte « de l'ensemble des revenus dont bénéficie [l'organisme], y compris ceux qui résultent d'une activité commerciale ». Cette appréciation s'effectue « sur une base annuelle », la calcul étant effectué « au cours de l'exercice budgétaire au cours duquel la procédure de passation d'un marché déterminé est lancée ». Comme la qualification d'organisme de droit public conditionne la nature de la procédure de passation, il peut sembler illogique de prendre pour référence l'année de lancement du marché. C'est pourquoi la Cour précise que la base de calcul de la part de financement public doit se faire sur « les chiffres disponibles au début de l'exercice budgétaire, fussent-ils de nature prévisionnelle ».

En résumé, un organisme est financé majoritairement dès lors qu'il perçoit, au cours de l'exercice budgétaire où la procédure de passation débute, plus de la moitié de l'ensemble de ses revenus par l'intermédiaire d'un transfert de moyen financier direct ou indirect, sans contrepartie spécifique.

3. La gestion soumise à un contrôle. Au regard des arrêts de la Cour de Justice, la question est moins la nature du contrôle que son intensité. Dans une affaire concernant les sociétés anonymes d'habitations à loyer modéré françaises, la Cour a pu apporter quelques précisions. En se référant aux principes de l'arrêt *Mannesmann*, l'avocat général Mischo considère, à propos des trois sous-critères, que « dès lors qu'ils sont alternatifs, mais doivent permettre de saisir la même réalité, ces critères doivent, s'agissant en quelque sorte d'instruments de mesure, présenter ce que l'on pourrait qualifier de même

134 CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, C-300/07, concl. Ján Mazák, *Rec. I*-04779.

135 CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, concl. Mengozzi, *Rec. num.* pts. 22 et 23.

degré de sensibilité »¹³⁶. Selon lui, la jurisprudence *Mannesmann* « nous [invite] à ne pas trop nous attarder sur la nature du contrôle exercé, mais à nous prononcer en fonction de la situation concrète créée par l'existence de ce contrôle »¹³⁷. Suivant son avocat général, la Cour a consacré ce que nous pourrions appeler le principe du « contrôle équivalent », à savoir que celui-ci « doit créer une dépendance à l'égard des pouvoirs publics équivalente à celle qui existe lorsque l'un des deux autres critères alternatifs est rempli »¹³⁸. Toujours suivant son avocat général, la Cour précise que « dès lors que les règles de gestion sont très détaillées, la simple surveillance de leur respect peut, à elle seule, aboutir à conférer une emprise importante aux pouvoirs publics ». De plus, la Cour estime pertinent de préciser que les pouvoirs du ministre compétent à l'égard des SA HLM « relèvent de la politique de gestion de la société concernée et non pas du simple contrôle de la régularité » et qu'ils sont permanents. Ainsi, la Cour recourt à un faisceau d'indices : la précision des règles de gestion, le fait que le contrôle porte sur l'opportunité de la gestion et la permanence dudit contrôle. Ce faisant, elle considère la gestion des SA HLM soumise à un contrôle public. Les indices employés montrent que le contrôle exercé par un autre pouvoir adjudicateur doit permettre de peser sur le choix d'un éventuel co-contractant. Dès lors, le droit de l'Union trouve à s'appliquer puisque l'organisme est susceptible de distordre la concurrence en privilégiant des entrepreneurs nationaux.

Au regard de cette jurisprudence, l'arrêt *Adolf Truley* du 27 février 2003 précise qu'« il apparaît exclu de considérer que le critère du contrôle de la gestion est satisfait dans l'hypothèse d'un simple contrôle *a posteriori* puisque, par définition, un tel contrôle ne permet pas aux pouvoirs publics d'influencer les décisions de l'organisme concerné en matière de marchés publics »¹³⁹. Sur ce point, la Cour de Justice semble se contredire par rapport à l'arrêt *Commission contre France* dans lequel elle considère la simple surveillance du respect de règles détaillées comme un contrôle. Les conclusions de l'avocat général Alber sur l'arrêt *Adolf Truley* semblent indiquer que cette affirmation reste valable, dans la mesure où « les pouvoirs (...) s'étendent aussi à la “gestion en cours”, et lorsque le pouvoir adjudicateur peut contrôler l'opportunité de la gestion »¹⁴⁰.

À la lecture de la jurisprudence de la Cour, il semble difficile de tracer les contours du contrôle de la gestion. Cela se comprend tout à fait au regard de la polysémie du mot « contrôle » et de la nature supplétive de ce sous-critère. En effet, les trois sous-critères alternatifs tendent tous à démontrer qu'un pouvoir adjudicateur peut influencer le choix d'un co-contractant. Ainsi, le financement majoritaire et la

136 Concl. MISCHO, 11 octobre 2000, pt. 47 sur CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, C-237/99.

137 *Ibid.*

138 CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, C-237/99, concl. Mischo, *Rec.* I-00939, pt. 49.

139 CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, concl. Alber, *Rec.* I-01931, pt. 70.

140 Concl. ALBER, 21 mars 2002, pts. 109 et 110.

nomination des membres de l'organe de gestion permettent d'établir une forme de contrôle, entendu comme domination. L'autre sous-critère vise ainsi toutes les formes de contrôle qui ne sont pas un financement ou une nomination des membres, le contrôle pouvant être entendu comme domination mais aussi comme vérification des modalités de gestion.

B. L'interprétation créatrice de la Cour de justice

Comme nous l'avons vu, l'interprétation de la Cour de Justice se revendique comme éminemment fonctionnelle. Or, si l'interprète d'une norme est toujours amené à en modifier le contenu, certaines interprétations de la Cour sur la notion d'organisme de droit public relèvent d'une construction prétorienne *praeter legem* (1), et même *contra legem* (1).

1. La théorie de la contamination dans le silence des textes. La jurisprudence *Mannesmann* est là encore décisive, puisqu'elle pose les linéaments de ce qu'on a appelé la « théorie de la contagion »¹⁴¹ ou « théorie de la contamination »¹⁴². Dans cet arrêt, la Cour constate que la directive 93/37 ne fait pas de différence entre les marchés passés par un organisme de droit public pour ses missions d'intérêt général et ceux passés pour d'autres missions. Elle en déduit que tous les marchés d'un pouvoir adjudicateur, quelle que soit leur nature, sont soumis à la directive. Selon la Cour, une interprétation contraire porterait atteinte à la sécurité juridique en ce qu'elle subordonnerait l'application de la directive à la part relative des activités répondant à un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. Ainsi, le principe de la contamination, qui « a inspiré la jurisprudence postérieure »¹⁴³, ne va pas de soi. Si l'objectif affiché par le droit des marchés publics de l'Union est effectivement l'ouverture des marchés nationaux, il ne faut pas oublier qu'il n'est qu'une manifestation des libertés de circulations, elles-mêmes mues par le principe d'une égale concurrence entre les opérateurs économiques sans discrimination de nationalité. Or, en soumettant l'intégralité des marchés d'un pouvoir adjudicateur aux procédures spécifiques, y compris dans le cadre d'activités exercées sur un marché concurrentiel, celui-ci risque d'être inutilement pénalisé par rapport à ses concurrents. En outre, cette jurisprudence, sans aller ouvertement contre le texte, relativise sérieusement l'exigence d'une création pour satisfaire *spécifiquement* un besoin.

Conscient de ces difficultés, l'avocat général Jacobs préconise « de tempérer une telle

141 CATTIER (R.), PROOT (Ph.), « Directives marchés publics et théorie de la contagion », *Lamy – Droit public des affaires*, n°125, 2008.

142 RICHER (L.), *L'Europe des marchés publics*, coll. « Droit des affaires », LGDJ, 2009, p. 64.

143 *Ibid.*

approche »¹⁴⁴. Selon lui, « si un organisme peut démontrer que les marchés en question portent exclusivement sur ses activités directement exposées aux forces de la concurrence, et qu'il n'existe pas de subventions croisées entre ces activités et les activités exercées hors concurrence, la théorie de la contamination doit céder le pas »¹⁴⁵. Toutefois, la Cour de Justice n'a pas la possibilité de confirmer cette exception en raison du désistement de la juridiction italienne ayant posé la question préjudicielle. Au contraire, suivant les conclusions de l'avocat général Damaso Ruiz-Jarabo, la Cour rejette cette proposition dans l'arrêt *Ing Aigner*¹⁴⁶.

Néanmoins, cette jurisprudence pose une exception à la théorie de la contamination en refusant de l'étendre à la directive secteurs spéciaux de 2004 dont le champ d'application « est strictement circonscrit, ce qui ne permet pas que les procédures y établies soient étendues au-delà de ce champ d'application »¹⁴⁷. Le principe de contamination peut également être mis en échec si l'organisme en question décide de filialiser ses activités concurrentielles qui ne répondent pas à des besoins d'intérêt général¹⁴⁸. Cependant, la jurisprudence *LitSpecMet*¹⁴⁹ tempère cette exception en considérant qu'une entité peut être considérée comme répondant au premier critère de la qualification d'organisme de droit public lorsqu'elle a pour objet de répondre aux besoins d'un autre pouvoir adjudicateur, ne serait-ce que de façon résiduelle.

Cette jurisprudence dépasse ainsi largement la simple interprétation. De plus, elle est, comme nous l'avons dit, contestable au regard des objectifs qui animent les directives « marchés publics ». La réticence du juge ne nous paraît pas justifiée. Comment expliquer qu'une séparation comptable entre deux types d'activités ne permettent pas d'en soustraire une partie à la passation de marchés publics, alors qu'une telle séparation peut suffire pour distinguer un opérateur de réseau d'un gestionnaire d'infrastructure¹⁵⁰ ? Dans les deux cas, l'objectif est, *mutadis mutandis*, le-même : assurer une égale concurrence entre opérateurs.

2. La paralysie du critère de la création contre les textes. Si la théorie de la contamination peut prêter à débat, le sort réservé par la Cour de Justice au critère de la création spécifique est ouvertement contraire à la lettre du texte. Les arrêts *Mannesmann* et *BFI Holding* assouplissent ce critère en admettant la qualification d'organisme de droit public d'une entité alors que celle-ci exerce des

144 Concl. JACOBS, 21 avril 2005, pt. 68 sur CJCE, ord., 23 mars 2006, *Impresa Portuale di Cagliari*, C-174/03.

145 *Ibid.*

146 CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, C-393/06, concl. Damaso Ruiz-Jarabo, *Rec.* I-02339.

147 *Ibid.*, pt. 29.

148 RICHER (L.), *op. cit.*, p. 64.

149 CJUE, 5 octobre 2017, « *LitSpecMet* » *UAB contre « Vilniaus lokomotyvų remonto depas » UAB*, C-567/15, concl. Manuel Campos Sánchez-Bordona, *Rec. num.*

150 *Cf* par ex. Art. 4 Directive 2001/12/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2001.

activités purement commerciales et en dépassant le simple examen de son acte constitutif. Il n'en faut pas plus à l'avocat général Alber pour considérer que cette jurisprudence « implique (...) de ne pas envisager uniquement la date de création mais de tenir compte de l'évolution ultérieure de l'organisme »¹⁵¹. Or, si l'arrêt *Mannesmann* fait référence aux évolutions ultérieures, c'est justement pour préciser qu'elles n'ont pas d'importance ou, comme le dit l'avocat général Léger que « le but de la création de l'organisme est seul déterminant »¹⁵². Il est simplement question de dire que seul le but réel de la création importe, pas le but annoncé. C'est dans les conclusions La Pergola sur *BFI Holding* que l'on trouve, en note de bas de page, une expression peu claire de ce que rapporte l'avocat général Alber, à savoir que ce critère doit « être interprété de manière dynamique », en rapportant « les finalités indiquées à l'origine dans l'acte constitutif » à « la situation actuelle »¹⁵³. L'arrêt *BFI Holding* ne mentionne pourtant pas cette idée. Ainsi nous ne comprenons pas comment la Cour, dans l'arrêt *Universale Bau* déduit de l'arrêt *Mannesmann* que « l'effet utile de la directive 93/37 ne serait pas pleinement préservé si l'application du régime de la directive à une entité (...) pouvait être exclue du seul fait que les tâches d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial que celle-ci accomplit en pratique ne lui sont pas confiées dès sa création »¹⁵⁴.

Dans ce cas précis, l'interprétation fonctionnelle du droit des marchés publics conduit la Cour à écarter un élément du texte qui est pourtant clairement indiqué. Si l'on considère que cette jurisprudence permet simplement de surmonter un hiatus entre la définition de l'organisme de droit public et l'objectif de la directive, alors pourquoi le législateur européen a maintenu cette définition dans les directives marchés de 2004 et même de 2014 ? On peut également considérer que cette jurisprudence outrepassé la volonté du législateur européen et qu'elle devrait être abandonnée. En l'état, cet écart entre le texte et l'interprétation ne nous semble pas convenable, notamment parce qu'il est difficile d'imposer aux juges nationaux d'avoir une connaissance suffisamment précise de la jurisprudence de la Cour de Justice pour savoir que celle-ci annihile l'un des seuls éléments évidents d'une définition déjà bien complexe.

151 Concl. ALBER, 8 novembre 2001 sur CJCE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C-470/99.

152 Concl. LÉGER, 16 septembre 1997, pt. 73 sur CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96.

153 Concl. LA PERGOLA, 19 février 1998, pt. 46, n.b.p. 33 sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, C-360/96.

154 CJCE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C-470/99, concl. Alber, Rec. I-11617, pt. 57.

C. La consécration de la jurisprudence de la Cour dans les directives

Il a été question d'intégrer une partie de la jurisprudence de la Cour de Justice dans les directives de 2014. La proposition de directive de la Commission du 20 décembre 2011 modifie la condition relative à la nature de l'activité. Selon ce document, un organisme de droit public « a été créé à la fin de satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial, ou il a un tel objet; à cette fin, un organisme qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité n'a pas pour objet de satisfaire des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial »¹⁵⁵. Cette modification est finalement abandonnée, sans explication, par un amendement de la commission du marché intérieur du Parlement européen¹⁵⁶.

Une référence aux évolutions jurisprudentielles est bien intégrée, mais pas dans la définition des pouvoirs adjudicateurs. Selon le considérant 10 du Préambule de la Directive 2014/24, « afin d'indiquer clairement que le champ d'application *ratione personae* de la présente directive devrait demeurer inchangé, il convient de conserver la définition sur laquelle la Cour s'est fondée ». Il est précisé « qu'un organisme, qui opère dans des conditions normales de marché, poursuit un but lucratif et supporte les pertes liées à l'exercice de son activité, ne devrait pas être considéré comme un "organisme de droit public", étant donné que les besoins d'intérêt général pour la satisfaction desquels il a été créé ou qu'il a été chargé de satisfaire peuvent être réputés avoir un caractère industriel ou commercial ». De plus, le considérant précise que « la notion de "financement majoritaire" signifie un financement pour plus de la moitié, qui peut comprendre des paiements provenant d'usagers, qui sont imposés, calculés et recouverts conformément aux règles de droit public ».

Ces précisions, également présentes au considérant 21 du Préambule de la directive 2014/23 et au considérant 12 de celui de la directive 2014/25, montrent l'incorporation de la jurisprudence de la Cour dans la définition d'organisme de droit public. Néanmoins, comme le soulignent très justement les professeurs Richer et Lichère, cette inscription n'a pas de valeur impérative¹⁵⁷. On peut tout de même y voir une forme de pérennisation d'une partie de la jurisprudence de la Cour. Si elle doit être louée en ce qu'elle participe à la compréhension, notamment par les juridictions nationales, de la définition d'organisme de droit public, on peut regretter qu'elle rende plus difficile un éventuel revirement de jurisprudence.

155 COM(2011) 896 final du 20 décembre 2011, p. 37.

156 Rapport Tarabella fait au nom de la Commission du marché intérieur, PE483.468, du 11 janvier 2013, amendement 55.

157 RICHER (L.), LICHÈRE (F.), *op. cit.*, p. 369.

II. L'autonomisation par la mise à distance des systèmes juridiques nationaux

Avec l'introduction de la notion d'organisme de droit public, la qualification de « pouvoir adjudicateur » semble se faire au regard des règles nationales applicables à un organisme, ce qui pourrait relativiser l'autonomie du critère organique du droit de l'Union. La notion d'organisme de droit public n'en est pas moins une notion européenne avec la particularité d'être, selon l'expression du professeur Chérot, une « notion à contenu national »¹⁵⁸(A). De plus, celle-ci est d'autant moins dépendante des systèmes juridiques nationaux qu'elle ne fait système qu'au regard des notions européennes, ce qui nous amène à la qualifier de « notion à cohérence européenne » (B).

A. Le recours à une « notion à contenu national »

Indéniablement, la notion d'organisme de droit public se réfère aux droits nationaux. Mais, si elle dépend des règles applicables à l'organisme dans son État membre (1), elle est indifférente aux notions nationales (2).

1. Le recours aux règles nationales. Chacun des trois critères exige un renvoi au droit national. De façon évidente, la personnalité juridique est attribuée à un organisme en vertu du droit national. De façon moins évidente, l'analyse des deux autres critères « montre que la qualification d'organisme de droit public dépend principalement de la mainmise d'une collectivité publique sur celui-ci »¹⁵⁹. C'est justement l'identification de cette « mainmise » qui justifie que la qualification d'organisme de droit public soit dépendante du régime applicable à l'organisme, et donc en fin de compte du droit national¹⁶⁰. En effet, comme nous l'avons montré, pour déterminer si un organisme répond à un besoin ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, la jurisprudence se réfère en partie aux conditions dans lesquelles l'organisme exerce son activité. De même, le mode de financement, l'éventuel contrôle de la gestion et la nomination des membres d'un organisme sont entièrement soumis aux règles nationales en la matière. L'organisme est dit « de droit public » parce que l'État ou les collectivités entendent influencer ses décisions et parce que l'État a jugé bon de sortir une partie de ses activités du jeu normal de la concurrence. En dernière analyse, l'organisme n'est « de droit public » que parce que les pouvoirs publics l'ont voulu. La qualification d'organisme de droit public n'est que la conséquence de choix politiques qui diffèrent d'un État membre à l'autre, choix qui se reflètent justement dans le régime applicable aux entités. Dès 1972, la Cour de Justice a estimé « que, sauf renvoi, explicite ou implicite, au droit national, les notions juridiques utilisées par le droit communautaire doivent être interprétées et appliquées de façon uniforme dans l'ensemble de la communauté »¹⁶¹. Si la notion n'avait

158 CHÉROT (J.-Y.), « Les organismes de droit public dans les directives “marchés publics” », *BJCP*, 1999, p. 325.

159 FÉRAILLE (R.), « La notion d'organisme de droit public dans la réglementation communautaire des marchés publics », *op. cit.*, p. 233.

160 CHÉROT (J.-Y.), « Les organismes de droit public dans les directives “marchés publics” », *op. cit.*, p. 325.

161 CJCE, 1^{er} février 1972, *Hagen*, C-49/71, concl. Rømer, *Rec. I-00023*, pt. 6.

pas procédé à un tel renvoi et avait dû être appliquée de manière uniforme, celle-ci aurait dû couvrir les mêmes activités dans tous les États membres. Elle aurait donc contraint leurs choix quant aux activités qu'ils entendent laisser à la libre concurrence et celles qu'ils souhaitent garder dans leur giron. Ainsi, comme l'avait très tôt compris le professeur Chérot, « c'est une notion qui, en vertu du communautaire lui-même, renvoie pour définir son champ d'application aux règles nationales »¹⁶².

2. Le non-recours aux notions nationales. Le renvoi aux règles nationales s'opposerait-il à ce que la notion d'organisme de droit public soit qualifiée de notion européenne ? La position de la Cour en la matière a pu être ambiguë. Dans ses conclusions sur l'affaire *BFI Holding*, l'avocat général La Pergola « ne [considère] pas que par la définition en question la directive a en fait créé une catégorie communautaire » et qu'« elle renvoie plus simplement à ce que disposent à cet égard les législations des États membres »¹⁶³. La difficulté vient du fait que la notion, en renvoyant aux droits nationaux, reçoit des applications variables selon les États membres. Son application est, en quelque sorte, conditionnée par leur réglementation. Or, ces règles nationales reposent sur des notions qui sont intimement liées à la tradition juridique de chaque État. Se pose donc la question d'une possible servitude de la qualification d'organisme de droit public à l'encontre des notions nationales.

Si ce problème paraît abstrait, la question s'est frontalement posée concernant la première condition, qui serait « dérivée du droit français »¹⁶⁴. À ce propos, le professeur Belloubet estime que cette condition conduit à « des détournements » puisque le droit de l'Union « utilise l'expression “satisfaction de besoins d'intérêt général” (...) alors que l'expression service public eût parfaitement pu convenir »¹⁶⁵. Logiquement, selon une telle approche, la distinction entre les besoins d'intérêt général « industriels ou commerciaux » et les autres devrait se superposer à la distinction française entre service public administratif et service public industriel et commercial. Le législateur européen a entretenu cette confusion, notamment dans la liste des organismes de droit public en annexe des directives 93/37 puis 2004/18. Ainsi, cette liste mentionne pour la France les offices publics d'habitations à loyer modéré (OPHLM), établissements publics à caractère administratif, sans mentionner les offices publics d'aménagement et de construction (OPAC), établissements publics à caractère industriel et commercial. Or, dès 2001, la Cour constate dans l'arrêt *Commission contre France* que les OPAC sont bien des organismes de droit public, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté par le Gouvernement français dans ses observations¹⁶⁶. Pour autant, le législateur français n'a pas modifié le statut de ces OPAC pour en faire

162 CHÉROT (J.-Y.), « Les organismes de droit public dans les directives “marchés publics” », *op. cit.*, p. 326.

163 Concl. LA PERGOLA, 19 février 1998, pt. 43 sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, C-360/96.

164 LIBERTINI (M.), « Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta », *op. cit.*, p. 3.

165 BELLOUBET (N.), « Service public et droit communautaire », *AJDA*, 1994, p. 271.

166 CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, C-237/99, concl. Mischo, *Rec. I-00939*, pts. 33 et 45.

des établissements publics à caractère administratif (EPIC). Bien au contraire, ils ont fusionné avec les OPHLM pour former un nouveau type d'EPIC : les offices publics de l'habitat¹⁶⁷. Ainsi, les qualifications d'organisme de droit public et d'EPIC ne sont pas antinomiques.

En l'absence de qualification législative, « la jurisprudence utilise comme critères du service public industriel et commercial, le plus souvent associés et combinés, l'objet du service, l'origine de ses ressources, les modalités de son organisation et de son fonctionnement »¹⁶⁸. Le juge apprécie si, au regard de ces trois éléments, l'EPIC est semblable à un opérateur économique « normal ». Or, le critère de l'activité de l'organisme de droit public repose justement sur le fait que celui-ci ne se trouve pas, comme un opérateur économique lambda, dans les conditions normales du marché. Néanmoins, cette méthode d'identification des EPIC ne permet pas d'exclure la qualification d'organisme de droit public. Cette méthode est largement incertaine, voire inusitée en pratique au profit d'une méthode plus simple¹⁶⁹. De plus, le législateur peut attribuer cette qualité sans tenir compte de ces critères. De plus, lorsque celle-ci existait, l'inscription d'un organisme en annexe des directives ne valait pas présomption irréfragable de qualification d'organisme de droit public.¹⁷⁰

Il nous semble donc que c'est en toute logique que la Cour a pu préciser que les qualifications du droit national sont sans importance¹⁷¹, et que la notion d'organisme de droit public est une notion autonome du droit de l'Union¹⁷². Comme l'affirme le professeur Chérot, « confortant l'observation des faits, la notion d'organisme de droit public renvoie à des règles nationales, il n'est pas pour autant utile de faire référence, au delà de ces règles nationales, aux notions nationales »¹⁷³.

B. Le recours à une « notion à cohérence européenne »

Eu égard à son importance dans la jurisprudence de la Cour, on aurait tendance à oublier que l'organisme de droit public n'est qu'une des quatre catégories de pouvoir adjudicateur, au côté de l'État, des collectivités territoriales et de leurs associations. Interprétée largement, ces notions pourraient être amenées à se superposer. La notion d'organisme de droit public doit s'analyser en tant qu'élément cohérent de la définition des pouvoirs adjudicateurs. C'est justement dans leur coordination que se

167 Ordonnance n° 2007-137 du 1^{er} février 2007 relative aux offices publics de l'habitat.

168 BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (B.), LONG (M.), WEIL (P.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, coll. « Grands arrêts », Dalloz, 22^{ème} éd., 2019, s.v. « Société commerciale de l'Ouest Africain », n°34, p. 215.

169 SEILLER (B.), « L'érosion de la distinction SPA-SPIC », *AJDA*, 2005, p. 417.

170 CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, C-300/07, concl. Ján Mazák, *Rec.* I-04779, pt. 45.

171 CJCE, 15 mai 2003, *Commission contre Espagne*, C-214/00, concl. Léger, *Rec.* I-04667, pt. 56.

172 CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, pts. 36, 40 et 45. ; CJCE, 16 octobre 2003, *Commission contre Espagne*, C-280/00, pt. 79. ; CJCE, 13 janvier 2005, *Commission contre Espagne*, C-84/03, pt. 27.

173 CHÉROT (J.-Y.), « Les organismes de droit public dans les directives “marchés publics” », *op. cit.*, p. 327.

révèle l'utilité du critère de la personnalité morale de l'organisme de droit public. Celle-ci lui permet de se distinguer de l'État et des collectivités (1) mais aussi des associations de pouvoirs adjudicateurs (2).

1. Organisme de droit public et administration centrale. L'arrêt *Beentjes* de la Cour de Justice initie une interprétation fonctionnelle des pouvoirs adjudicateurs. Rendu sur le fondement de la directive 71/305, la Cour entend se prononcer sur la définition de l'État. Pour l'avocat général Darmon, il s'agit de déterminer « s'il est possible de soustraire à des règles communautaires qui obligent l'État ou des collectivités territoriales des organismes placés en dehors des structures classiques de leur administration, mais qui, sans être dotés d'une personnalité juridique propre, exécutent des missions relevant normalement de l'État ou de ces collectivités »¹⁷⁴. Selon lui, il faut distinguer les organismes qui ne bénéficient que d'une indépendance fonctionnelle, comme un jury de concours, qui représentent les collectivités ou l'État et les organismes dotés d'une autonomie. Les premiers sont toujours des pouvoirs adjudicateurs alors que les seconds ne le seraient que si leurs membres sont désignés et les marchés financés par les autorités publiques et si leurs missions sont relèvent des compétences normales de ces autorités. Dans son arrêt, la Cour se rallie à cette conception fonctionnelle de l'État et des collectivités.

Néanmoins, la jurisprudence *Beentjes* ne doit pas donner lieu à une vision trop extensive : un élément important de l'arrêt consiste justement dans l'absence de personnalité morale des entités. Cette approche permet simplement de soumettre les démembrés non-personnalisés de l'État ou des collectivités. En effet, selon le professeur Kalflèche, « 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 »¹⁷⁵. Les développements de la notion d'organisme de droit public, notamment par la Cour de Justice, ont donc également pour fonction de compléter la notion d'État. Mais, cette définition de l'État n'est généralement pas celle retenue dans les systèmes juridiques nationaux ni en droit de l'Union : c'est une notion d'État spécifique aux marchés publics¹⁷⁶.

Toutefois, la qualification « d'organisme de droit public » ne doit pas être opposée à celle « d'autorité publique centrale » présente dans les directives. Alors que la première sert à définir les pouvoirs adjudicateurs, la deuxième ne sert qu'à distinguer les pouvoirs adjudicateurs « centraux » des pouvoirs adjudicateurs « locaux ». Une telle différenciation sert à déterminer le seuil de passation européen applicable, c'est-à-dire le montant à partir duquel le marché devra respecter les procédures européennes. Ainsi, il n'y a pas d'incompatibilité entre ces deux qualifications. Par exemple, les Universités françaises, visées par l'annexe I de la directive 2014/24 comme « autorités publiques

174 Concl. DARMON, 4 mai 1988, pt. 11 sur CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, C-31/87.

175 KALFLÉCHE (G.), *op. cit.*, p. 224.

176 *Ibid.*

centrales » sont également des organismes de droit public.

2. Organisme de droit public et association. Il en va de même concernant les associations de pouvoirs adjudicateurs. Selon l'avocat général La Pergola, il faut « exclure tout chevauchement »¹⁷⁷ entre cette notion et celle d'organisme de droit public. En effet, une association de pouvoirs adjudicateurs peut très bien remplir les critères de l'organisme de droit public. Selon lui, « la catégorie des associations a donc une fonction résiduelle », et ne concerne que « des entités non-dotées de la personnalité juridique »¹⁷⁸. Ceci expliquerait pourquoi les établissements publics de coopération intercommunale, associations personnifiées de collectivités, figuraient dans la liste des organismes de droit public en annexe de la directive 2004/18. Néanmoins, comme le fait remarquer le professeur Kalflèche, les critères de l'organisme de droit public sont cumulatifs, il n'est pas impossible qu'une association de pouvoirs adjudicateurs remplissent celui de la personnalité morale mais pas l'un ou les deux autres¹⁷⁹. L'interprétation fonctionnelle des pouvoirs adjudicateurs voudrait que, dans ce cas, cette entité soit soumise au droit des marchés publics. La notion d'association de pouvoir adjudicateur est révélée en creux par celle d'organisme de droit public. Elle n'a donc aucun rapport avec les notions nationales qui peuvent exister dans les différents États membres.

Nous pouvons tirer plusieurs leçons de l'étude de la notion d'organisme de droit public en droit de l'Union. Elle nous montre d'abord que la seule lecture à partir du statut des entités n'est pas compatible avec l'approche européenne. Les institutions de l'Union font preuve de méfiance envers la *summa divisio* personnes publiques/ personnes privées afin de ne pas laisser les États maîtres du champ d'application du droit des marchés publics. En creux, le contentieux considérable autour de l'interprétation de la notion d'organisme de droit public témoigne de la résistance desdits États. Avec cette notion, ceux-ci voient leurs structures de droit privé, conçues pour échapper à la rigueur du statut public, soumises aux procédures contraignantes à la commande publique. Tout indiquait que la notion d'organisme de droit public serait mal reçue par les ordres juridiques nationaux. Sans surprise, les autorités nationales ont tenté de minimiser l'impact de cette notion sur la refonte du critère organique des marchés publics. Si la primauté du droit de l'Union semble aujourd'hui avoir presque complètement mis à mal cette opposition, les autorités françaises rechignent à complètement remplacer la notion de personne publique spécialisée par celle d'organisme de droit public en droit de la commande publique.

177 Concl. LA PERGOLA, 19 février 1998, pt. 40 sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, C-360/96.

178 *Ibid.*

179 KALFLÉCHE (G.), *op. cit.*, p. 237.

Chapitre 2 : Un facteur de mutation de l'application *ratione personae* du droit national

Si l'on examine essentiellement le champ d'application organique, deux grandes périodes se dessinent. Dans un premier mouvement d'extension, la prise en compte de la notion d'organisme de droit public, pouvant recouvrir des personnes morales de droit privé, a mécaniquement entraîné l'obligation de leur étendre le droit national des marchés publics. Cependant, cette obligation ne pesant que sur le droit de transposition, l'autonomie du critère organique national était doublement préservée : par un refus d'assimiler leurs contrats à des marchés publics et par leur non soumission au droit des marchés en-deçà des seuils communautaires (Section 1). La consécration de la notion de commande publique par un code, à la suite des ordonnances de 2015 et 2016 marque une étape supplémentaire. Ces textes entérinent l'influence du droit de l'Union européenne sur le droit des marchés publics français, désormais droit de la commande publique (Section 2).

Section 1 : Un facteur d'obligation d'extension du critère organique national avant 2015

Au regard du droit interne, le caractère de « droit public » de l'« organisme de droit public » présente la particularité de ne pas renvoyer spécialement à une quelconque personnalité publique. Il s'accorderait mal avec les conceptions traditionnelles du droit des marchés publics, droit réservé aux personnes publiques. Pourtant, la personnalité publique n'a jamais joué un rôle déterminant dans l'application du droit des marchés publics (I). De plus, si les autorités nationales restent attachées aux classifications internes, elles n'en demeurent pas moins obligées de soumettre à des procédures de passation l'ensemble des organismes de droit public, au sens du droit de l'Union. Cette évolution s'effectue alors non pas par une simple extension aux personnes privées du droit applicable aux personnes publiques mais par une grande complexification du droit des marchés publics (II).

I. L'illusion du droit classique des marchés publics comme droit des personnes publiques

L'article 1^{er} du code des marchés publics de 2001 définit les marchés publics comme « les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public (...), pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services ». Une telle définition exprimerait parfaitement la tradition juridique qui tend à faire du droit des marchés

publics un droit applicable aux personnes publiques si toutefois une telle tradition existait. Parfois perçue comme une évidence, l'association marché public – personne publique n'a jamais réussi à s'affirmer pleinement. Historiquement, le critère de l'application d'un droit des marchés publics a d'abord été celui de l'emploi de deniers publics (A) avant de laisser sa place au critère d'une soumission majoritaire des contrats au droit administratif (B).

A. Les marchés publics classiques : marchés financés par des deniers publics

Dès le Moyen-Âge, des règles spécifiques s'appliquent à l'Administration lorsqu'elle entend répondre à l'un de ses besoins. Parler de « marchés publics » pour désigner ce type d'achat public semble anachronique. De même, « qualifier un achat de “public” suppose de le différencier de ceux des particuliers »¹⁸⁰ alors que l'existence d'une telle distinction, à cette époque, n'a rien d'une évidence. Pourtant, il semble bien à l'observateur du droit des marchés publics « qu'il faille sans doute faire remonter son origine à l'Ancien Régime »¹⁸¹. L'élément de continuité n'est pas, selon nous, à chercher du côté des destinataires des réglementations, mais plutôt du côté des objectifs poursuivis.

Pour le professeur Laguerre, les premières procédures analogues à des marchés publics se généralisent en France avec la Guerre de Cent Ans. En effet, « le financement de travaux importants étant directement assuré par des engagements sur recettes fiscales, l'adjudication au rabais est apparue comme le moyen de garantir la bonne utilisation des impôts »¹⁸². La procédure de l'adjudication au rabais consiste alors simplement à octroyer le marché à l'entrepreneur qui propose le prix le plus bas. Sous cet angle, les marchés publics sont antérieurs à l'État parce qu'ils apparaissent comme le corollaire de l'imposition. Aussi, l'adjudication avec publicité et concurrence n'est pas une contrainte : elle « répond à un besoin propre à l'administration, la nécessité de protéger ses intérêts »¹⁸³. Bien plus que la continuité de l'État, c'est la préoccupation constante d'un bon emploi des deniers publics qui constitue, selon nous, la justification commune aux réglementations nationales des marchés publics jusqu'au XX^{ème} siècle. Pour autant, cet impératif a largement évolué dans sa définition et dans ses implications.

Avec la Révolution, le bon emploi de l'imposition prend une nouvelle signification. L'article 14 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen¹⁸⁴ exprime l'idée que l'Administration doit rendre

180 LESMESLE (H.), « Réglementer l'achat public en France (XVIII^{ème} – XIX^{ème} siècle) », *Génèses*, 2010/3, n°80, p. 9.

181 NICINSKY (S.), *Droit public des affaires*, coll. « Domat », LGDJ, 4^{ème} éd., 2014, p. 539.

182 LAGUERRE (A.), *Concurrence dans les marchés publics*, coll. « L'administration nouvelle », Berger-Levrault, 1989, p. 13.

183 *Ibid.* p. 15.

184 Art. 14. Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : « Tous les Citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs Représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ».

des comptes aux citoyens quant à l'utilisation qu'elle fait de la contribution publique. Dès lors, la concurrence et la publicité permettent de faire des économies, mais font également office de garantie, pour les citoyens, d'une utilisation optimale des deniers publics. Cette évolution est tout à fait palpable dans la proposition de décret sur la fourniture de l'ordinaire des corps de troupe par le député Jean-Louis Claude Emmerly. Le 30 mars 1791, il déclare devant l'Assemblée nationale que « le principe applicable à tous les modes de fournitures devra être celui que conseillent la meilleure administration et la meilleure économie, c'est-à-dire le principe de laisser toutes les adjudications de fournitures au rabais, de donner à la publication de l'enchère toute la solennité possible, afin d'appeler le plus grand nombre possible de concurrents »¹⁸⁵. Après l'armée, le principe de l'adjudication par la publicité et la concurrence est appliqué à la marine¹⁸⁶ et aux routes¹⁸⁷. Ainsi, il s'agit essentiellement d'une « réglementation sectorielle », concentrée sur « les activités stratégiques de l'État »¹⁸⁸. Par ailleurs, ce sont également de lourds postes de dépenses pour lesquels il paraît justifié de rationaliser l'achat de fournitures et de travaux. Le fait que ces marchés soient passés au nom l'État ne constitue pas un quelconque critère organique, mais la conséquence du monopole de celui-ci dans ces trois domaines.

Le critère organique des marchés n'est perceptible qu'à partir de l'ordonnance du 4 décembre 1836 au terme de laquelle « tous les marchés au nom de l'État seront fait avec concurrence et publication »¹⁸⁹. Cette disposition est étendue aux communes et aux établissements de bienfaisance l'année suivante¹⁹⁰. Pour autant, ce critère organique reste « indépendant de toute personnalité juridique »¹⁹¹ et a fortiori de la qualification de personne publique. Ceci s'explique sans doute par le fait qu'à l'origine les marchés de l'État s'analysent moins comme un transfert de patrimoine à patrimoine que comme le symbole de son pouvoir économique. En effet, selon le professeur Gaudemet, « le contrat administratif n'est pas né contrat mais comme une sorte de dérivé, de bifurcation de l'acte unilatéral, une procédure menée par l'administration et qui appelle (...) l'adhésion d'un entrepreneur, (...) lui-même conçu alors comme une sorte de collaborateur adhérant aux marchés de l'administration »¹⁹². Les procédures assurant la publicité et la concurrence participent à accroître ce

185 MADIVAL (M.-J.) (dir.), *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), Tome XXIV, Librairie administrative P. Dupont, 1886, p. 469.

186 Décret du 2 Brumaire an 4 concernant l'administration des ports et arsenaux de la marine, BARROT (O.), *Recueil général des lois, décrets, ordonnances, etc.*, Tome VI, Administration nationale des notaires, 1839, n°267, p. 249.
Arrêté du directoire exécutif du 9 fructidor an 6 sur les marchés entreprises et fournitures du département de la marine, BARROT (O.), *Rec.*, Tome VII, n°559, p. 447.

187 Décret des 16-20 Frimaire An 2, ordonnant la réparation des routes et des ponts aux frais de l'État, BARROT (O.), *Rec.*, Tome V, n°39, p. 29.

188 KALFLÈCHE (G.), *op. cit.*, p. 38.

189 Ordonnance du Roi des 4-7 décembre 1836 portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État, CARETTE (A.), *Lois annotées ou Lois, Décrets, Ordonnances, Avis du Conseil d'État, etc.*, 2^{ème} série, Pouleur, 1845, p. 341.

190 Ordonnance du Roi des 14 novembre-12 décembre 1837, portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance. CARETTE (A.), *Lois annotées*, p. 388.

191 KALFLÈCHE (G.), *op. cit.*, p. 189.

192 GAUDEMET (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs□ : mesurer les difficultés

qu'on appellerait aujourd'hui « le pouvoir d'achat » de l'Administration puisque, très prosaïquement, acheter moins cher permet d'acheter plus et donc de pouvoir répondre à plus de besoins.

La fin du XIX^{ème} siècle n'offre pas d'évolution notable dans la définition du critère organique. Le décret du 18 novembre 1882 désigne lui aussi « les marchés passés au nom de l'État », et même, à son article 1^{er}, les marchés « au compte de l'État » (ce qui peut signifier tant « au nom de » que « au frais de »)¹⁹³. Le maintien d'une concurrence et d'une publicité restent la règle. Questionnée sur la pertinence de conserver dans ce texte le système de l'adjudication au rabais, la commission interministérielle des marchés de travaux publics admet, que s'il n'est pas parfait, il est « celui qui paraît devoir donner les plus solides garanties »¹⁹⁴. La commission insiste d'ailleurs sur sa propension à mettre les agents de l'État à l'abri de tout soupçon, stigmate de la prééminence du bon usage des deniers publics dans l'inspiration de la réglementation des marchés publics tout au long du XIX^{ème} siècle.

B. Le droit des marchés publics : droit des marchés qualifiés de contrats administratifs

Le premier tiers du XX^{ème} siècle est marqué par l'acceptation progressive de l'existence d'une personnalité publique distincte de la personnalité privée, notamment promue par MICHOU. Sans établir de date précise, il nous semble qu'au début des années soixante, le principe de la personnalité publique est très majoritairement (voire unanimement) admis par la doctrine et la jurisprudence. Pourtant le Code des marchés publics de 1964¹⁹⁵, plutôt que de recourir à cette notion, dispose que les marchés publics sont les contrats passés « par les collectivités publiques », terme juridiquement imprécis. Nous pouvons, au passage, noter que l'établissement d'un Code des marchés publics amène un changement de perspective : alors qu'historiquement, l'assimilation de contrats à des marchés publics peut se faire de façon matérielle, il faut désormais admettre que celle-ci se fasse de façon formelle ; quitte d'ailleurs à critiquer la définition des marchés publics donnée par le droit positif. Quoiqu'il en soit, pour déceler le critère organique d'application du Code, il faut regarder son plan. Le Livre III est consacré aux « marchés des collectivités locales et de leurs établissements publics » tandis que le Livre II concerne les « marchés de l'État et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial ». Les EPIC nationaux sont ainsi exclus du champ d'application du Code. Ainsi, la qualification de personne morale de droit public n'entraîne pas de façon systématique la soumission au droit des marchés publics. La situation particulière des EPIC peut sans doute s'expliquer

d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, n°2, p. 313.

193 Décret du 18 novembre 1882 relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État, *Recueil de lois, ordonnances, décrets, règlements et circulaires concernant les différents services du Ministère des travaux publics*, 2^{ème} série, Tome I, Jousset et Aubet, 1886, p. 485

194 ALEXANDRE (P.), *Commission interministérielle des marchés de travaux publics. Rapport de la commission*, 11 juin 1909, p. 39.

195 Décret n°64-729 du 17 juillet 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics.

par la volonté de préserver leur gestion commerciale. On peut tout aussi rationnellement soutenir qu'ils n'y sont pas soumis parce que, la plupart du temps, ils ne remplissent pas le critère historique de l'usage de deniers publics. En effet, en admettant que le droit des marchés vise à optimiser l'usage de l'imposition, il n'est pas question de l'appliquer à l'ensemble des personnes morales de droit public. Il n'existe pas de lien automatique entre la personnalité publique et l'usage d'argent public. Comme l'exprime déjà MICHOU, en matière de personnalité publique des établissements, « l'existence de dotation de l'État peut être seulement l'un des signes (...) mais ce n'est ni le plus constant, ni le plus caractéristique »¹⁹⁶. Cette affirmation n'est pas démentie par la jurisprudence administrative. L'un des aspects permettant traditionnellement d'établir le caractère industriel et commercial d'un établissement public est justement l'absence (ou le caractère minoritaire) d'une dotation dans son financement, puisque celui-ci est censé fonctionner grâce aux redevances des usagers. Si cette explication fonctionne bien pour l'État, il faut bien avouer qu'elle se heurte au fait que l'ensemble des établissements publics locaux sont soumis au Code. Pour le professeur Kalflèche, la raison de cette différence entre EPIC nationaux et locaux « est difficile à trouver », même si « elle est vraisemblablement historique », s'expliquant par l'absence de textes spécifiques applicables et « l'emprise des finances locales sur le “socialisme municipal” »¹⁹⁷. Par ailleurs, beaucoup d'EPIC nationaux étaient déjà soumis à des procédures spécifiques d'adjudication recherchant « compromis entre contrôle administratif et gestion commerciale »¹⁹⁸. Toujours est-il que ces procédures, si elles existent, ne sont pas à proprement parler des marchés publics.

Si la personnalité publique ne constitue pas le critère organique du Code de 1964, elle joue tout de même un rôle important. Plus exactement, c'est la personnalité morale, indépendamment de son caractère public, qui permet d'étendre son champ d'application. La reconnaissance de la personnalité morale de l'État et des collectivités permet d'établir facilement un rapport d'imputation : si un service administratif n'a pas assez d'autonomie pour se voir reconnaître une personnalité morale, alors ses actes devront être rattachés à la personnalité d'une autre entité. Or, quand le Code vise l'État, les départements et les communes, il vise la personne morale État, département ou commune. Dès lors, le rattachement d'une entité sans personnalité morale à une collectivité publique, quelle que soit son activité, vaut soumission au Code. Le critère organique prend alors son véritable sens puisqu'il dépend de la personne morale à qui le marché, et donc, en dernière lecture, la responsabilité de l'engagement de deniers publics, peut être imputée.

196 MICHOU (L.), TROTABAS (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1^{ère} Partie, LGDJ, 1932, 3^{ème} éd., p. 252.

197 KALFLÈCHE (G.), *op. cit.*, p. 221.

198 *Ibid.*, p. 201.

De façon tout à fait paradoxale, c'est la réception du droit de l'Union européenne qui met véritablement en lumière le lien entre la personnalité publique et les marchés publics. La notion d'organisme de droit public joue d'ailleurs un rôle important sur ce point. À partir de la Directive 89/440, le recours à la notion d'organisme de droit public dans la définition des pouvoirs adjudicateurs permet de faire entrer dans le champ d'application du droit des marchés de travaux des personnes formellement privées. La France transpose les critères de la notion. Néanmoins, elle ne le fait pas dans le Code des marchés publics, mais dans la loi du 3 janvier 1991 qui vise les associations de droit privé de collectivités publiques et :

« un organisme de droit privé, créé en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général, ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et répondant à l'une des conditions suivantes :

1° Avoir son activité financée majoritairement et d'une manière permanente par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que celui qui est mentionné ci-dessus ;

2° Etre soumis à un contrôle de sa gestion par l'un des organismes visés au 1° ci-dessus ;

3° Comporter un organe d'administration, de direction ou de surveillance composé majoritairement de membres désignés par l'Etat, des collectivités territoriales, des organismes de droit public ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ou des organismes de droit privé de la même nature que celui qui est mentionné ci-dessus. »¹⁹⁹.

La loi du 11 décembre 1992²⁰⁰ reprend cette définition pour les marchés de travaux des secteurs « spéciaux » et, à la suite des trois directives 93/36, 93/37, 93/38, la loi du 22 janvier 1997²⁰¹ étend le champ d'application des lois de 1991 et 1992 aux marchés de fournitures et de services. Parallèlement, le Code de 1964 est abrogé par le Décret du 7 mars 2001²⁰² qui consacre un nouveau Code des marchés publics. Le critère organique du Code de 2001 est identique à celui de 1964, mais il définit les marchés publics comme les contrats passés par les « personnes publiques » qu'il mentionne dans son article 2.

Ainsi, ces personnes privées sont soumises à des procédures presque identiques mais qui ne sont pas à proprement parler des marchés publics. Ce nouveau corpus de textes fait apparaître, en creux, l'idée que les marchés publics sont nécessairement passés par des personnes publiques. Ainsi, dans l'hypothèse où une personne serait soumise à des procédures de passation, la détention de la

199 Art. 9 Loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

200 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.

201 Loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 complétant, en ce qui concerne certains contrats de services et de fournitures, la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence et la 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.

202 Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics.

personnalité publique devrait entraîner l'application du Code. Cependant, la loi MURCEF du 11 décembre 2001²⁰³ vient modifier le champ d'application organique de la loi 91-3 en ajoutant les EPIC de l'État et les groupements d'intérêts publics. Pour être soumis à ces procédures, ces personnes publiques doivent satisfaire un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial et remplir l'un des trois sous-critères alternatifs propres aux organismes de droit public caractérisant un contrôle public. La Banque de France se voit également soumise à des procédures de publicité et de mise en concurrence. À partir de là, plusieurs personnes publiques doivent respecter des procédures de passation qui, pourtant, ne sont pas des marchés publics. Le critère de la personnalité publique pour identifier un marché public n'est donc plus valable. De même, le critère pourtant classique de l'utilisation de deniers publics n'est plus efficace, puisque la loi de 1991 entend soumettre à des procédures les personnes privées dont les activités sont financées majoritairement par l'État, les collectivités et les établissements publics.

La loi MURCEF permet toutefois de comprendre pourquoi ces personnes publiques ne sont pas soumises au Code. L'article 2 de la loi dispose que « les contrats passés en application du code des marchés publics sont des contrats administratifs ». C'est donc la dualité de juridiction qui guide la détermination du caractère public ou privé du marché. Dans les années quatre-vingt-dix, la Cour de cassation et le Tribunal des conflits avaient tous deux²⁰⁴ considérés que la qualification de marché public n'entraînait pas automatiquement celle de contrat administratif, notamment lorsque le contrat ne comportait pas de clauses exorbitantes ou n'avait pas pour objet l'exécution du service public. Nicole Bricq, rapporteure du projet de loi, indique que son article 2 « vise à attribuer l'ensemble du contentieux des marchés publics à la juridiction administrative, juge naturel des actes de l'administration »²⁰⁵. Ainsi, la dualité de dispositions applicables (Code ou loi de 1991) épouse la dualité de juridiction. La justification du maintien de deux corpus textuels réside dans la volonté de créer un bloc de compétence pour le juge administratif sans étendre sa compétence aux marchés de personnes relevant traditionnellement des lois civiles et commerciales. En un mot, avec la loi MURCEF, les marchés publics forment une catégorie particulière de contrats administratifs. Sur ce point, les codes des marchés publics de 2004 et 2006, ainsi que l'ordonnance du 6 juin 2005 n'introduisent pas d'évolution notable.

Le poids des présupposés est déterminant dans ces différents choix. Schématiquement, les autorités nationales semblent alors considérer les marchés publics comme l'exemple typique des

203 Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier.

204 Cass., 1^{er} civ, 17 décembre 1996, *Société Locumivers*, n°94-19885, *Bull.* I-464, p. 326 ; TC, 5 juillet 1999, *Commune de Sauve*, n°3142, concl. Schwartz.

205 Rapport de Mme Nicole Bricq fait au nom de la commission des finances, *Doc. Parl. A.N.*, n° 3028, 25 avril 2001.

contrats administratifs ne devant pas échapper au juge administratif, leur « juge naturel ». Néanmoins, le droit de l'Union impose de soumettre certaines personnes privées à des procédures de passation. Or, il paraîtrait inopportun de qualifier de marché public un contrat entre deux personnes privées alors que le critère organique des contrats administratifs repose sur la présence d'une personne publique²⁰⁶. Aussi, pour respecter à la fois le droit de l'Union et la supposée tradition juridique française²⁰⁷, les marchés qui sont passés par des personnes privées sont exclus du code et ne sont pas des marchés publics, quand bien même les règles qui leur sont applicables sont quasiment identiques.

Au regard de ces évolutions, il apparaît clairement que la passation de marchés publics n'a jamais été un élément du statut des personnes publiques. Le critère organique interne des marchés publics, perçu comme traditionnel, n'était que le résultat de la confusion entre marchés publics et contrats administratifs, accentuée par des jurisprudences nationales niant ce lien d'automaticité et un droit européen indifférent à notre dualité de juridiction. En définitive, toutes ces confusions aboutissent, avant 2015, à une soumission très confuses et disparates des organismes de droit public au droit des marchés publics.

II. La soumission asymétrique des organismes de droit public aux marchés publics

L'extension d'un droit des marchés à l'ensemble des organismes de droit public se révèle être un processus très complexe, pour plusieurs raisons. Comme nous l'avons vu, le Code des marchés publics de 2006 s'applique aux personnes publiques dont l'activité contractuelle se situe majoritairement dans le giron du juge administratif. Or, la notion d'organisme de droit public étant insensible à ce point, une partie des organismes répondant à cette qualification se trouve soumise au Code et l'autre à l'ordonnance de 2005 (A). De plus, la complexité des marchés publics réside dans l'articulation du droit de l'Union et du droit interne : celui-ci n'a pas été remplacé par celui-là, ils se sont superposés. Cette particularité n'est pas toujours visible parce que le droit des marchés publics est un droit de transposition, donc l'ensemble des règles applicables aux acteurs est contenue dans le droit français. Ainsi, il existe théoriquement deux strates, les marchés à dimension européenne soumis au droit national de transposition et les marchés de moindre importance soumis au droit purement national. Cette particularité se matérialise par l'existence de seuils de passation qui posent inévitablement la question d'une identité de critère organique entre les strates (B.)

206 TC, 3 mars 1969, *Interlait*, n°1926, concl. Kahn, *Rec.* p. 682.

207 Pour une affirmation du caractère plus contingent que traditionnel du critère organique des contrats administratifs, cf. PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, coll. « Manuels », LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, p. 1209 et s.

A. La soumission au Code des marchés publics comme morcellement des règles applicables aux organismes de droit public

Avant 2015, dans l'ensemble, les organismes de droit public au sens du droit de l'Union sont soumis à des procédures de passation. Néanmoins, certains de ces organismes relèvent alors du Code des marchés publics (1) et d'autres de l'ordonnance de 2005 (2).

1. Les organismes de droit public soumis au Code. Le Code de 2006, en souhaitant concilier les vocabulaires internes et communautaires, fractionne la catégorie des organismes de droit public formellement publics. La *summa divisio* du Code repose sur la distinction entre dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs et celles applicables aux entités adjudicatrices.

L'article 2 définit les pouvoirs adjudicateurs autrement que le droit de l'Union européenne. L'article désigne comme tel « l'Etat et ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial » ainsi que « les collectivités territoriales et les établissements publics locaux ». Les règles applicables sont sensiblement les mêmes entre ces deux catégories de pouvoirs adjudicateurs. Elles diffèrent surtout en ce qui concerne les compositions des commissions d'appel d'offre et les seuils de procédures. Ainsi, l'organisme de droit public ne sera pas soumis au même régime s'il est rattaché à l'État ou aux collectivités. Ce rattachement est théoriquement obligatoire pour tout établissement public, soit par voie législative, soit grâce à un faisceau d'indices (modalités de création, organisation administrative et régime financier)²⁰⁸. Pour tous ces établissements publics rattachés à l'État ou aux collectivités, qui sont des organismes de droit public, il n'y a pas de difficulté majeure.

Dans la rédaction du Code de 2006, deux situations méritent des précisions au regard du droit de l'Union. La première concerne les associations de collectivités publiques, qui dès lors qu'elles en remplissent les critères, sont bien des organismes de droit public. Dans la plupart des cas, il n'y a pas vraiment de difficulté parce qu'il s'agit simplement de dire si l'établissement est national ou local, sans plus de précision. Par exemple, les établissements intercommunaux, bien que rattachés à plusieurs communes, sont assurément locaux. La question du rattachement est plus délicate pour les établissements réunissant l'État et des collectivités territoriales, comme les établissements publics de coopération culturelle. Toujours est-il que tous ces organismes de droit public sont bien soumis, conformément au droit de l'Union, à des procédures de passation. La deuxième situation concerne les établissements publics qui ne sont rattachés à aucune collectivité. Comme ceux-ci ne sont pas visés par le Code, il existe un risque d'oublier un pouvoir adjudicateur. Néanmoins, les associations syndicales de

208 PLESSIX (B.), « Établissements publics. - Notion. Création. Contrôle », *JCl Adm*, Fasc. 135, 2014.

propriétaires autorisées ou constituées d'office, seul exemple d'établissement non rattaché²⁰⁹, ne sont pas des organismes de droit public²¹⁰. Pourtant, ces associations sont bien soumises au code des marchés publics²¹¹, alors même qu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs au sens du droit de l'Union européenne.

Le Code de 2006 soumet également à des procédures spécifiques les entités adjudicatrices. Celles-ci sont définies à l'article 134 comme les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils exercent une des activités d'opérateurs de réseaux mentionnés à l'article suivant. Sans rentrer dans le long détail de ses activités, on peut se contenter de dire que celles-ci concernent « les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux », c'est à dire les secteurs spéciaux visés par la directive 2004/17 que le Code se charge ici de transposer. Cette division vient de nouveau fractionner le régime applicable aux organismes de droit public. Si les établissements publics que nous avons évoqués exercent des activités dans les secteurs spéciaux, ils sont des entités adjudicatrices. Un établissement public peut également être alternativement pouvoir adjudicateur ou entité adjudicatrice selon l'activité à laquelle se rattache le marché qu'il passe.

En résumé, les organismes de droit public soumis au code des marchés publics sont tous les établissements publics hormis les EPIC de l'État. Pour autant, les règles auxquels ils doivent se conformer divergent selon qu'ils sont des pouvoirs adjudicateurs étatiques, des pouvoirs adjudicateurs locaux ou des entités adjudicatrices.

2. Les organismes de droit public non soumis au Code. Le titre de l'ordonnance du 6 juin 2005 est tout à fait explicite. Celle-ci porte sur les « marchés passés par certaines personnes publiques ou privées non soumises au code des marchés publics »²¹², c'est à dire, les marchés conclus « par les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 3 ou les entités adjudicatrices définies à l'article 4 ». L'ordonnance les définit par une liste de personnes qui sont, pour la plupart, des organismes de droit public.

Le premier alinéa de l'article 3 vise « les organismes de droit privé ou les organismes de droit public autres que ceux soumis au code des marchés publics dotés de la personnalité juridique et qui ont

209 CE, 14 juin 2006, *Association syndicale du canal de la Gervonde*, n°294060.

210 La lecture de l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires montre qu'elles ne remplissent aucun des trois sous-critère alternatifs témoignant d'un contrôle public.

211 Art. 44. Décret n° 2006-504 du 3 mai 2006 portant application de l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires.

212 Datant de 2005, l'ordonnance fait référence dans son titre au Code des marchés publics de 2004 en non à celui de 2006. Toutefois, les personnes publiques soumises à ces deux codes sont exactement les mêmes.

été créés pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial », si ceux-ci remplissent l'un des trois sous-critères alternatifs de l'influence publique. Sont ainsi visées les personnes privées, notamment les sociétés ou les associations de la loi de 1901, contrôlées par l'administration et qui n'ont pas un caractère commercial. Sont également visés certains EPIC nationaux, exclus du Code des marchés publics, qui remplissent les critères.

Cette définition est quasiment identique à celle des directives communautaires mais elle n'a pas la même ambition d'exhaustivité. En effet, l'article 3 précise encore que la Banque de France et la Caisse des dépôts et consignations sont des pouvoirs adjudicateurs au sens de l'ordonnance. La mention de ces deux personnes publiques est surabondante puisqu'elles remplissent les critères de l'organisme de droit public mentionné au premier alinéa. De même, l'article 3 fait référence aux « organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués en vue de réaliser certaines activités en commun » par les pouvoirs adjudicateurs du Code, de l'ordonnance ou des deux à la fois. Cette catégorie entre, mais en partie seulement, dans la définition des organismes de droit public. Enfin, et surtout, il faut noter que cette définition exclut les organismes déjà soumis au Code des marchés publics. Les établissements publics locaux et la plupart des établissements publics nationaux ne sont donc pas visés. Or, numériquement, ils sont extrêmement nombreux. Donc, en dépit de cette reprise des critères de l'organisme de droit public dans l'ordonnance de 2005, il s'avère que la plupart d'entre eux sont plutôt soumis au Code des marchés publics. Enfin, parmi les entités adjudicatrices, on retrouve les pouvoirs adjudicateurs lorsqu'ils exercent des activités dans les secteurs spéciaux. On note donc au passage que, comme dans le cadre du Code, les pouvoirs adjudicateurs peuvent se voir soumis à un régime spécifique quand ils exercent de telles activités.

Lorsqu'on combine ces différents éléments, il semble bien que la totalité des organismes de droit public sont soumis à des procédures de passation. Néanmoins, cette prise en compte se fait par l'intermédiaire de deux textes et de six mentions différentes²¹³. Dans ses grandes lignes, le régime d'origine européenne applicable aux organismes de droit public est semblable selon qu'ils sont soumis ou non au Code. On peut simplement noter quelques différences. Les décrets d'application de l'ordonnance²¹⁴ offrent plus de souplesse pour choisir les prix du marchés, pour communiquer des informations par voie électronique et n'impose pas la publication des marchés passés en procédure formalisée au BOAMP²¹⁵. Sur le fond, le droit de l'Union est donc bien respecté même si la lisibilité de

213 Sont de organismes de droit public, dans le code : certains établissements publics locaux, les établissements publics nationaux non commerciaux ; dans l'ordonnance : les organismes visés à l'alinéa 1, la Banque de France, la Caisse des dépôts, certains des organismes de droit privé constitués en vue de réaliser certaines activités en commun.

214 Décret n°2005-1308 du 20 octobre 2005 pour les entités adjudicatrices et Décret n°2005-1742 du 30 décembre 2005 pour les pouvoirs adjudicateurs.

215 MÉNÉMÉNIS (A.), *Code des marchés publics et autres contrats 2009, commenté*, coll. « Codes Dalloz Professionnels »,

la prise en compte du critère organique européen est faible.

B. Les seuils de passation

Sauf à aller explicitement contre le droit de l'Union, les autorités nationales n'ont pas d'autres choix que de soumettre les organismes de droit public aux procédures formalisées lorsque le montant du marché dépasse les seuils communautaires (1). En revanche, la question est plus délicate pour ce que l'on appelle communément les « marchés passés en procédure adaptée » ou MAPA (2).

1. L'obligation de soumettre tous les organismes de droit public aux procédures formalisées. L'article 26 du code des marchés publics impose aux pouvoirs adjudicateurs de passer obligatoirement leurs marchés selon les procédures formalisées issues du droit de l'Union dès lors qu'ils sont au dessus de certains seuils. Il en va de même pour les décrets d'application de l'ordonnance de 2005. Les montants contenus dans ces textes sont identiques et correspondent aux seuils communautaires révisés tous les deux ans par la Commission européenne. Par exemple, en 2008, doivent être passés par procédures formalisées : les marchés de travaux au dessus de 5.150.000 €, les marchés de fournitures ou de services au dessus de 133.000 € pour les autorités centrales et au dessus de 206.000 € pour les autres. Seul bémol : le décret d'application de l'ordonnance de 2005 concernant les pouvoirs adjudicateurs ne prévoit pour les marchés de fournitures ou services que le seuil le plus haut, alors que certains des organismes visés par l'ordonnance sont potentiellement assimilables à l'État.

2. Le choix de ne soumettre qu'une partie des organismes de droit public aux procédures nationales. Le terme MAPA désigne les marchés dont le montant est inférieur aux seuils européens mais que les autorités nationales décident de soumettre à des procédures de passation. L'existence des MAPA est somme toute assez logique puisque, d'une part le droit français n'a pas attendu le droit de l'Union pour réglementer l'achat public et d'autres part les seuils européens sont relativement élevés et sont loin de concerner tous les marchés. À la lecture de l'article 28 du Code de 2006, il apparaît que les marchés publics ne peuvent être passés sans publicité ni mise en concurrence qu'en dessous de 4.000 €. Entre ce plancher et les seuils européens, les pouvoirs adjudicateurs du code choisissent la procédure qui leur semble adaptée, en s'inspirant s'il le faut des procédures formalisées. S'ils annoncent recourir à une procédure formalisée, ils doivent en respecter l'intégralité des modalités prévues par le code. Une exigence supplémentaire est toutefois imposée aux marchés de travaux dont le montant se situe entre le seuil européen « fournitures ou services » et le seuil européen « travaux » (dans l'exemple de 2008, entre 206.000 et 5.150.000 €). Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit suivre une

Dalloz, 2^{ème} éd., 2009, p. 638 et s.

procédure formalisée, mais il choisit librement laquelle.

À l'inverse, l'article 10 du décret d'application de l'ordonnance de 2005 dispose simplement qu'« au-dessous des seuils (...) les marchés sont passés selon des modalités librement définies par le pouvoir adjudicateur ». L'article 7 de l'autre décret d'application dispose la même chose pour les entités adjudicatrices. On en déduit logiquement qu'il existe une différence entre les organismes de droit public soumis au code et ceux soumis à l'ordonnance : les premiers doivent passer des MAPA mais pas les seconds. Il y aurait donc une différence de critère organique entre le droit national de transposition et le droit « purement » national. Néanmoins, la situation est plus complexe que cela. En effet, si les directives marchés s'appliquent à partir des seuils communautaires, la Cour de Justice a considéré que les principes des Traités s'imposent dès le premier euro aux pouvoirs adjudicateurs, ce qui les oblige « à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché (...) à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »²¹⁶. De plus, l'article 6 de l'ordonnance dispose que les marchés passés en application de ses dispositions « respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures ». Or, le Conseil d'État avait déduit d'une disposition identique du Code des marchés publics de 2001 que même les marchés passés en dessous des seuils étaient soumis à ces trois principes²¹⁷.

Pour toutes ces raisons, il serait abusif de dire que les organismes de droit public non soumis au Code des marchés publics sont totalement libres en dessous des seuils communautaires. Néanmoins, les règles applicables aux MAPA des organismes de droit public soumis au Code sont bien plus contraignantes, notamment pour les marchés de travaux. En un sens, le champ d'application organique du droit national s'est élargi, mais sans renoncer à son autonomie. Celle-ci n'a pu être conservée qu'au prix d'une double scission, en excluant de la qualification de marchés publics les marchés de certains organismes de droit public et en dissociant les champs d'application du droit national de transposition et du droit « purement » national. Cette autonomie précaire ne résistera pas à la troisième vague de transposition des directives et à l'avènement en droit positif de la « commande publique » à partir de 2016.

216 CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonades*, C-324/98, concl. Nial Fennelly, *Rec.* I-10745, pt. 60 et s.

217 CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*, n°246921, concl. Piveteau, *Rec.* p. 297.

Section 2 : Un facteur de perte d'autonomie du critère organique national depuis 2015

Avant 2015, le droit national se trouvait dans la situation où des personnes privées passaient des marchés ayant le même objet et selon les mêmes procédures que les marchés publics, sans qu'ils soient qualifiés comme tels. À la suite des ordonnances de 2015 et 2016, le Code de la commande publique consacre un alignement du champ d'application organique sur le droit de l'Union en mettant fin à la dualité de textes applicables. Les marchés des organismes de droit public ne sont plus, soit des marchés publics, soit des marchés privés : ils sont tous des contrats de la commande publique. Cette « européanisation » du droit national se fait par le truchement d'une nouvelle notion, la commande publique, dont le critère organique est directement calqué sur celui des notions communautaires de marchés publics et de concessions (I). Néanmoins, à rebours de la vision neutre du droit de l'Union, la commande publique française conserve une part de spécificité en créant un lien d'automaticité entre la personnalité publique et la soumission à des procédures de passation (II).

I. Un alignement notionnel : la soumission de tous les organismes de droit public au Code de la commande publique

À partir de 2015, « la “concordance des temps” européen et français dans le domaine de la commande publique »²¹⁸ initiée par les autorités nationales, entraîne une double perte d'autonomie. D'une part, les définitions des notions nationales s'alignent sur les définitions communautaires. D'autre part, le champ d'application organique du droit des marchés « purement » national s'aligne sur le champ d'application organique du droit national de transposition. Cette « concordance » est alors rendue possible par la pleine consécration de la notion de commande publique par un code éponyme en 2019 (A). Par ailleurs, nos développements nous ayant amené jusqu'à la période contemporaine, il n'est sans doute pas inutile de préciser, rapidement, quels sont les organismes de droit public français soumis à ce nouveau Code de la commande publique (B).

A. L'alignement par la consécration de la notion de commande publique

La troisième vague de directives de 2014²¹⁹ représente une évolution importante dans l'approche européenne de l'achat public. Sans revenir sur la distinction entre « secteurs classiques » et « secteur spéciaux », le législateur communautaire consacre une seconde opposition fondamentale entre les marchés et les concessions. Si ces dernières sont évoquées dans les directives marchés antérieures²²⁰, la

218 Discours de Pierre Moscovici, Ministre de l'Économie et des Finances, en clôture du colloque sur la transposition des directives européennes relatives aux marchés publics, 12 mars 2014, <http://proxy-pubminefi.diffusion.finances.gouv.fr/pub/document/18/17150.pdf>.

219 Directives 2014/23, 2014/24 et 2014/25.

220 LICHÈRE (F.), « L'évolution du droit des concessions en droit communautaire », <https://www.sciencespo.fr/chaire->

directive 2014/23 établit véritablement un « droit européen des concessions ». La distinction entre marché et concession ne repose en droit de l'Union ni sur l'objet ni sur les parties au contrat, mais sur le mode de rémunération du cocontractant qui peut être le droit d'exploiter l'ouvrage/le service ou ce droit assorti d'un prix²²¹. Ainsi, pour le droit européen, les marchés et les concessions peuvent avoir le même objet : l'exécution de travaux ou la prestation de service²²². De plus, leur champ d'application organique est identique : les marchés et concessions sont conclus par les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices.

Pour le Gouvernement français, la transposition de ces directives est une occasion de « repenser l'architecture des textes en collant au plus près des notions européennes »²²³. Celle-ci se fait donc suivant la nouvelle *summa divisio* du droit de l'Union, avec deux ordonnances, l'une consacrée aux marchés publics et l'autre aux concessions. L'ordonnance marchés publics du 23 juillet 2015 s'applique aux « acheteurs », c'est à dire aux « pouvoirs adjudicateurs et aux entités adjudicatrices définis respectivement aux articles 10 et 11 »²²⁴. Ces deux termes, déjà présents dans le Code de 2006 et dans l'ordonnance de 2005 reçoivent pour la première fois des définitions équivalentes à celles posées par les directives. Selon l'article 10 de l'ordonnance, sont des pouvoirs adjudicateurs toutes les personnes morales de droit public, les personnes privées remplissant les critères de la notion d'organisme de droit public et les « organismes de droit privé dotés de la personnalité juridique constitués par des pouvoirs adjudicateurs en vue de réaliser certaines activités en commun ». Quand aux entités adjudicatrices, il s'agit selon l'article 11 des pouvoirs adjudicateurs, des entreprises publiques et des organismes avec des droits exclusifs ou spéciaux, lorsqu'ils exercent une activité d'opérateur de réseau. L'ordonnance du 29 janvier 2016 reprend exactement ces définitions, en les réunissant sous le terme d'« autorité concédante ». En un sens, l'ordonnance de 2015 « fusionne » les définitions des pouvoirs adjudicateurs et des entités adjudicatrices du code de 2006 et de l'ordonnance de 2005.

Ces deux textes refondent les notions de marchés publics et de concession en les déconnectant de la personnalité publique. La transposition des directives précédentes avait simplement étendu le nombre de personnes soumises à des procédures de passation, mais leurs marchés n'étaient pas des « marchés publics ». Avec l'ordonnance de 2015, la notion de marché public désigne les marchés de tous les pouvoirs adjudicateurs, peu important qu'ils soient ou non des personnes privées. En ce qui

madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/francois_lichere.pdf.

221 Art. 5. 1. a) b) Directive 2014/23/UE du Parlement Européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

222 Les objets possibles de ces contrats ne sont pas exactement les mêmes parce qu'il n'existe pas de concession de fournitures.

223 Discours de Pierre Moscovici, précité.

224 Art. 9 Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

concerne l'ordonnance de 2016, l'évolution est surtout notable pour les concessions de services. En effet, l'ordonnance du 15 juillet 2009²²⁵ régissait déjà les concessions de travaux de l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs, même si elle réservait ce qualificatif aux seules personnes soumises à l'ordonnance de 2005. En matière de services, en revanche, le droit interne s'intéressait essentiellement aux délégations de service public des personnes publiques²²⁶. L'ordonnance de 2016 met fin à cette asymétrie entre personnes publiques et personnes privées en s'alignant définitivement sur le critère organique européen.

En 2019, le Code de la commande publique vient codifier ces deux ordonnances. Il consacre ainsi formellement la notion de commande publique, déjà bien présente en doctrine²²⁷ et en jurisprudence²²⁸. L'article L.2 définit les contrats de la commande publique comme « les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques ». Comme dans les ordonnances, le critère organique est calqué sur le droit de l'Union puisque les acheteurs et les autorités concédantes sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices. D'un point de vue pratique, le Code réunit ainsi dans un seul texte l'ensemble des dispositions applicables aux pouvoirs adjudicateurs en général, et aux organismes de droit public en particulier. Toutefois, inclure l'ensemble de ces contrats au sein de la seule catégorie des « contrats de la commande publique » se révèle très ambitieux. La notion de commande publique postule l'existence d'une double unité, matérielle d'abord parce que ces contrats répondent à une commande, organique ensuite puisque cette commande est « publique ». La concession serait une commande « comme une demande d'aide au secteur privé pour satisfaire les besoins collectifs, alors que l'on peut tout aussi rationnellement soutenir que la concession est une offre faite et un privilège conféré par les pouvoirs publics au secteur privé »²²⁹. En effet, il peut paraître paradoxal d'analyser la concession comme « une demande d'aide au secteur privé », alors qu'en réalité, le droit de l'Union, inspirant le Code, est fondé sur l'idée que les autorités publiques ne doivent pas préférentiellement attribuer leurs contrats, ce qui sous-entend que remporter l'un d'eux est un privilège dont les entreprises des autres États membres doivent avoir des chances équivalentes de bénéficier. Sur le plan organique, la commande publique permet de surpasser les difficultés inhérentes aux notions de marchés publics et aux délégations de service public qui ne

225 Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

226 Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

227 Pour Laura Preud'homme, la locution « commande publique » est « [admise] et [utilisée] à outrance » PREUD'HOMME (L.), *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, Thèse, Paris I, 2013, p. 1.

228 C. const., n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit* ; CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*, n°246921, concl. Piveteau, *Rec.* p. 297. ; Cass, Crim, du 12 juin 2003, n°02-81.122.

229 PLESSIX (B.), *op. cit.*, p. 1185.

permettaient pas d'intégrer les marchés passés par des personnes privées. De plus, cette notion s'appuie sur le fait que, depuis les ordonnances de 2015 et 2016, les marchés et les concessions sont passés par les mêmes personnes : les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices (malgré la reprise des termes « acheteurs » et « autorité concédantes » par le code). Ainsi, la notion de commande publique consacrée par le code reprend à son compte la réunion des organismes de droit public formellement publics et privés effectuée par les ordonnances. En codifiant ces dernières, elle réunit également l'ensemble du droit national applicable aux organismes de droit public (en cette qualité) et met en avant une forme de droit commun de la commande publique.

Quoi qu'on en pense de la « commande publique », depuis le Code, il faut bien admettre que celle-ci appartient au droit positif : réunie en un corpus unique elle a désormais une réalité, au moins formelle. On peut toutefois souligner une certaine faiblesse de cette notion qui tente de rendre compte de contrats très différents passés suivant des procédures de passation multiples, par des personnes publiques, privées, nationales ou locales. Selon le professeur Plessix, « si un point commun unit tous [ces] contrats (...) c'est leur effet économique »²³⁰. Effectivement, les personnes et les objets des contrats de la commande publique ont pour principal point commun leur soumission, au delà de certains seuils, au droit des marchés publics de l'Union et, dès le premier euro, aux principes des traités. Or, le droit des marchés publics de l'Union se fonde sur la nécessité d'éviter que l'attribution préférentielle de certains contrats puisse venir perturber la concurrence intracommunautaire entre opérateurs économiques. En tant que manifestation particulière des libertés économiques, il trouve à s'appliquer en présence d'un élément d'extranéité ; élément d'extranéité justement établi par l'importance économique de ces contrats. La « commande publique » constitue donc une sorte de mot-valise qui permet de désigner ces contrats qui, lorsqu'ils dépassent une certaine valeur économique, doivent suivre les règles issues des directives. C'est donc en toute logique que le critère organique de la commande publique ne peut qu'être calqué sur le droit de l'Union. Ce qui nous fait dire ici qu'il s'agit d'une véritable perte d'autonomie, c'est qu'avec les ordonnances et le Code, les personnes soumises aux MAPA sont désormais les mêmes que les personnes soumises aux marchés à procédure « européenne ». Ainsi, sous l'impulsion de cette notion de commande publique, les champs d'application organique du droit national de transposition et du droit « purement » national sont désormais identiques. Pour le dire autrement, la seule qualité d'organisme de droit public suffit désormais à soumettre l'ensemble des marchés, y compris en dessous des seuils européens, à des procédures plus strictes que le seul respect des principes des Traités.

Bien sûr, le rôle joué par la notion d'organisme de droit public ne doit pas être sur-évalué. D'abord, l'évolution du champ d'application organique n'est que l'une des explications de l'émergence

230 *Ibid.*

de la commande publique. Ensuite, d'autres notions communautaires, comme par exemple celle d'entreprise publique pour les marchés des secteurs spéciaux, ont également joué un rôle dans la redéfinition du champ d'application organique du droit national. Mais, indéniablement, la notion d'organisme de droit public a participé à l'alignement du droit et des notions nationales sur le droit et les notions communautaires.

B. Synthèse : les organismes de droit public soumis au Code de la commande publique

Pour des raisons de clarté, nous présenterons les organismes de droit public suivant la distinction entre les personnes publiques (1) et les personnes privées (2).

1. Les organismes de droit public formellement publics. En ce qui les concerne, la question n'a pas beaucoup d'intérêts pratiques. Comme le Code s'applique à toutes les personnes publiques, la qualification d'organisme de droit public n'aura aucun effet supplémentaire. Toujours est-il qu'un grand nombre d'entre elles répond bien à cette qualification. Selon nous, tous les établissements publics remplissent le critère de la personnalité morale et au moins l'un des trois sous-critères alternatifs (voire souvent les trois). En effet, en raison du principe d'autonomie, ils disposent d'une personnalité morale et, en raison du principe de rattachement, ils « sont soumis, par les collectivités dont ils dépendent, à un contrôle »²³¹. En ce qui concerne la première condition relative à la nature de l'activité²³², la question peut éventuellement se poser pour les établissements publics industriels et commerciaux. Cette qualification n'est pas incompatible avec celle d'organisme de droit public, notamment si ces établissements exercent des activités monopolistiques ou des activités non-concurrentielles parallèlement à leurs activités sur le marché. Par exemple, l'Office national des forêts est un organisme de droit public en dépit de ses activités commerciales de vente de bois puisqu'il assure également la gestion des forêts publiques. De même, comme nous l'avons déjà précisé, les EPCI sont aussi des organismes de droit public, tous comme les groupements d'intérêts publics, la Banque de France et l'Institut de France (et ses académies). Pour le cas particulier des autorités publiques indépendantes, il est légitime de se demander si ladite indépendance ne constitue pas un obstacle à leur qualification. Néanmoins, pour les huit API existantes²³³, l'organe de direction (souvent un « collège ») est composé d'une majorité de membres nommés par des administrations de l'État, ce qui constitue l'un des trois sous-critères alternatifs. Ces autorités sont donc, elles-aussi, des organismes de droit public.

231 CHRÉTIEN (P.), CHIFFLOT (N.), TOURBE (M.), *Droit administratif*, coll. « Université », Dalloz Sirey, 16^{ème} éd., 2018, p. 404.

232 Nous avons dit qu'elle consiste à répondre à un besoin d'intérêt général autrement que dans les conditions normales du marché. Cf *Supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, I, A.

233 L'agence française de lutte contre le dopage ; l'autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) ; l'autorité des marchés financiers (AMF) ; le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ; la Haute autorité de santé (HAS) ; la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) ; le Haut conseil du commissariat aux comptes (H3C) et le médiateur national de l'énergie.

2. Les organismes de droit public formellement privés. Dans cette hypothèse, l'enjeu de la qualification d'organisme de droit public est tout simplement la soumission au Code de la commande publique. Au niveau local, ce sont tout d'abord les nombreuses associations financées par les collectivités qui sont susceptibles d'être des organismes de droit public. Il y a donc un risque pour ces associations de voir annuler leurs marchés attribués sans mise en concurrence et publicité. Ensuite, comme l'affirme le professeur Chérot dès 1999²³⁴, les sociétés d'économies mixte locales peuvent également être des organismes de droit public, si elles répondent à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial. Cette observation est également valable pour les sociétés publiques locales, bien que les pouvoirs publics semblent les considérer comme toujours soumises aux règles de l'achat public²³⁵. Au niveau national, la situation est plus confuse. S'agissant des sociétés détenues par l'État, la qualification d'organisme de droit public ne pourra être envisagée que pour celles dont il détient au moins cinquante pour-cent du capital. Et encore, à condition que ces sociétés n'exercent pas une activité dans un environnement pleinement concurrentiel. On notera toutefois que les sociétés les plus importantes, comme la SNCF, EDF, la RATP, La Poste ou encore l'Aéroport de Paris sont surtout soumises à des règles de procédures en tant qu'entreprises publiques exerçant dans les secteurs spéciaux, donc en tant qu'entités adjudicatrices. Néanmoins, un groupe comme France Télévision constitue un organisme de droit public. Malgré l'apparente concurrence du secteur des médias, France Télévision répond bien à la première condition puisqu'elle perçoit une part de la contribution à l'audiovisuel public et doit assurer des missions de services publics : la société n'exerce donc pas son activité dans les conditions normales du marché. Dans un tout autre registre, les organismes privés de sécurité sociale, bien que n'appartenant pas à l'État, constituent bien des organismes de droit public²³⁶. La question peut également se poser pour les organismes professionnels. Leurs missions semblent bien répondre à des besoins autres qu'industriels ou commerciaux, mais la Cour de Justice a pu préciser dans l'arrêt *IVD* que l'ordre professionnel des médecins allemands, l'*Ärztekammer*, n'est pas un organisme de droit public²³⁷. Cette jurisprudence se fonde notamment sur le fait que l'*Ärztekammer* est financé par des cotisations dont il fixe lui-même le montant et le mode de perception. Les ordres professionnels français adoptant ce mode de fonctionnement, il y a lieu de penser qu'ils ne sont pas des organismes de droit public.

234 CHÉROT, « Les organismes de droit public dans les directives “marchés publics” », *op. cit.*, p. 326 et s.

235 V. Circulaire du ministre de l'Intérieur n° COT/B/11/0a052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA), point 1.4.1; http://circulaire.legifrance.gouv.fr/pdf/2011/05/cir_33089.pdf.

236 La Cour de Justice l'a déjà explicitement affirmé pour les caisses d'assurances maladies allemandes dont le fonctionnement est très proche de celui des organismes français. V. CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, C-300/07, concl. Ján Mazák, *Rec.* I-04779.

237 CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, concl. Mengozzi, *Rec. num.*

II. Un alignement imparfait : la soumission de toutes les personnes publiques au Code de la commande publique

Selon l'article L.1211-1 du Code de la commande publique, « les pouvoirs adjudicateurs sont : 1° Les personnes morales de droit public ». Ce lien d'automatisme entre personnalité publique et commande publique, nullement imposé par le droit de l'Union, peut s'expliquer par le refus de transposer la notion d'organisme de droit public (A) et par une confusion entre contrat administratif et contrat de la commande publique (B).

A. Le refus justifié de transposer formellement la notion d'organisme de droit public

La soumission de l'ensemble des personnes publiques aux ordonnances puis au Code de la commande publique marque tout d'abord un refus : celui de transposer la notion d'organisme de droit public. On l'aura compris, ce refus a une portée asymétrique. Pour les personnes privées, les critères de définition ont été repris tels quels des directives. Il s'agit d'un simple refus d'introduire formellement le terme « organisme de droit public ». Pour les personnes publiques en revanche, les critères de définition sont inutiles puisque la personnalité publique suffit à entraîner la soumission au Code. Pour les professeurs Richer et Lichère, les ordonnances et le Code ont exclu la référence à la notion d'organisme de droit public « compte tenu de son ambivalence par rapport au droit interne »²³⁸. Le risque était effectivement que celle-ci soit comprise comme synonyme de « personne morale de droit public », ce qui aurait été un contresens total. Certains textes français font référence à des « organismes de droit public » par opposition aux organismes de droit privé, comme par exemple l'article 234 sexies du code général des impôts. Les termes « de droit public » auraient également pu créer de la confusion puisque certains de ces organismes sont entièrement soumis au droit privé. Si ces arguments peuvent sembler un peu trop « pratiques » pour expliquer ce refus de transposer formellement la notion, ils nous semblent tout à fait recevables. L'introduction de la notion d'organisme de droit public aurait sans doute créé plus de confusion que d'éclaircissement. Elle aurait notamment pu faire croire que cette qualification entraînait l'application d'un régime unique. Or, c'est tout à fait faux. Si l'ensemble des organismes de droit public sont désormais soumis au même code, leur régime n'est pas unifié. D'abord, la distinction entre ceux de ces organismes qui sont formellement publics et ceux qui sont privés permet de désigner le juge compétent en cas de litige (administratif ou judiciaire) en application de l'article L.6 du code. De plus, comme dans le code des marchés publics de 2006, le régime (essentiellement les seuils de procédures) diffère selon que l'organisme est « local » ou « national ». Enfin la possibilité pour un organisme de droit public d'être qualifié d'entité adjudicatrice ajoute une subtilité supplémentaire. Aussi, d'un point de vue purement pratique, il nous semble que les autorités

238 RICHER (L.), LICHÈRE (F.), *op. cit.*, p. 365.

nationales ont très justement refusé d'introduire la notion « organisme de droit public » dans le code de la commande publique.

Pour le professeur Ubaud-Bergeron, puisque les personnes publiques sont automatiquement qualifiées de pouvoir adjudicateur, « seules des personnes morales de droit privé sont susceptibles en France d'être des organismes de droit public au sens de la directive, ce qui est assez paradoxal »²³⁹. Nous serions plutôt tenter de dire que l'application des critères est uniquement utile pour les personnes privées. En effet, si on considère que certaines personnes privées sont des organismes de droit public parce qu'elles répondent aux critères issus des directives, on ne voit pas pourquoi les personnes publiques qui y répondent également ne recevraient pas, elles-aussi, cette qualification. Cette notion étant d'origine européenne, il ne nous semble pas possible de faire une « sélection » en appliquant une grille de lecture nationale. En l'absence de transposition formelle, soit on considère qu'aucun organisme français n'est un organisme de droit public, soit que tous ceux qui répondent aux critères européens le sont. Cette dernière solution nous semble d'ailleurs la plus juste : en cas de contentieux à l'échelle européenne, même si la personne en cause est une personne publique, les institutions européennes s'attacheront uniquement à sa qualification d'organisme de droit public.

B. Le maintien injustifié d'une confusion entre contrat administratif et contrat de la commande publique

La soumission de l'ensemble des personnes morales de droit public aux ordonnances puis au Code de la commande publique justifie qu'on qualifie l'alignement avec le critère organique européen d'« imparfait » (sans que cela doive d'ailleurs être interprété comme un jugement de valeur). Certes, nous avons déjà pu le montrer, la grande majorité des personnes publiques sont de toute façon des organismes de droit public, mais ce choix est difficile à comprendre. Pour le professeur Ubaud-Bergeron, « une telle situation est justifiée finalement par une forme de présomption irréfragable à l'égard du comportement des personnes publiques en tant qu'acheteur, sans que la démonstration de leur activité commerciale puisse la renverser, ce qui, d'une certaine façon, va plus loin que le droit de l'Union européenne »²⁴⁰. Il y aurait donc, bien que le terme ne soit pas expressément employé, une « sur-transposition ». Celle-ci concerne évidemment la question des EPIC. On notera toutefois que le Code des marchés publics de 1964 soumet déjà l'ensemble des établissements publics locaux à des procédures de passation et qu'il n'a donc pas fallu attendre le droit de l'Union. Le Code de la commande publique conserve certes quelques menues différences procédurales²⁴¹. Mais, pour l'essentiel, les EPIC sont désormais soumis aux mêmes règles que les EPA en matière d'achat public, quand bien même ils ne seraient pas des organismes de droit public. Il nous semble donc qu'il

239 UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *op. cit.*, p. 220.

240 *Ibid.*, p. 219.

241 *Ibid.*, p. 225.

s'agit bien d'une sur-transposition. Par ailleurs, on note que depuis les ordonnances et le Code, les EPIC (et les personnes privées) sont soumises aux MAPA par la seule volonté des autorités nationales.

Il faut bien l'admettre : un hiatus persiste entre le droit de l'Union européenne et le droit national. Alors que le premier s'intéresse uniquement aux personnes substantiellement publiques, le deuxième entend s'appliquer à la fois aux personnes formellement publiques et substantiellement publiques. La notion d'organisme de droit public s'analyse comme désignant cumulativement des personnes publiques et des personnes privées mais aussi comme désignant indistinctement des personnes publiques et des personnes privées. D'un certaine manière, le champ d'application organique de la commande publique ne tient compte que du premier aspect de cette notion. Selon nous, il persiste à l'instar de la confusion entre contrat administratif et marché public avant 2015, une confusion entre contrat administratif et contrat de la commande publique. Pourtant, le droit de la commande publique n'est pas, et n'a pas nécessairement à être, un droit de personnes publiques : un marché peut très bien concerner deux personnes privées et être contesté devant le juge judiciaire. De plus, les pratiques de mise en concurrence ne sont pas l'apanage historique des personnes publiques : depuis longtemps, les sociétés purement privées ont également recours à des appels d'offres. Rappelons-le, les règles de passation sont destinées à permettre un bon achat. Ainsi, il n'y avait aucune raison objective pour faire de la soumission au code, un élément du statut des personnes morales de droit public. À l'image de la notion d'organisme de droit public, le droit de la commande publique, tel qu'il existe aujourd'hui, transcende la vision binaire d'une opposition stricte entre personnes publiques et personnes privées.

Inévitablement, la place occupée par la notion d'organisme de droit public dans le droit de la commande publique laisse perplexe. En effet, l'écart entre les mutations dont elle est à l'origine et le fait qu'elle soit si peu connue a de quoi étonner. Bien sûr, celui qui étudie une notion est toujours porté, même inconsciemment, à en exagérer l'importance. Pourtant, en ce qui concerne la soumission de personnes privées au droit de la commande publique, le rôle de la notion d'organisme de droit public nous semble difficile à remettre en cause. De même, l'explosion du critère organique classique des marchés publics et l'émergence du droit de la commande publique nous paraissent étroitement corrélées. Ainsi, quand on prend la mesure de l'impact considérable de cette notion sur le domaine de la commande publique, il peut paraître étonnant de vouloir l'« exporter » loin de son « milieu naturel ». Le refus d'introduire la notion dans le Code de la commande publique n'est-il pas justement révélateur d'une gêne à l'encontre de cet objet qui se prétend « de droit public » tout en désignant, dans une large mesure, des personnes morales de droit privé ? Révélateur, encore, d'une inadaptation de cette notion avec les canons classiques du droit public en général, et du droit administratif en particulier ? Ce sont, selon nous, ces interrogations qui font l'intérêt d'une telle démarche.

Partie 2 : La notion d'organisme de droit public questionnant l'évolution du critère organique en droit administratif

La remise en cause par la notion d'organisme de droit public de la notion de personne publique, en tant que critère utile en droit administratif, peut prendre plusieurs formes. La première démarche exploite essentiellement ce que représentent les organismes de droit public, à savoir des personnes morales sous contrôle public. La participation de ces dernières aux activités administratives, y compris lorsqu'elles possèdent la personnalité privée, tendent à minimiser l'importance du critère organique de la personnalité publique en droit administratif (Chapitre 1). Dans une seconde démarche, plus rare, c'est moins l'utilité de la personnalité publique qui est remise en cause que sa définition. La notion d'organisme de droit public sert alors de modèle pour en tracer de nouveaux contours (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une notion mettant en lumière les lacunes du critère organique en droit administratif

Contrairement à ce que l'intuition suggère, il nous semble que les critères de l'organisme de droit public permettent moins de révéler l'appartenance d'un organisme au « champ public » que d'en poser une définition intéressante (Section 1). Or, actuellement, il apparaît clairement que le critère organique de la personnalité publique est insuffisant pour saisir l'ensemble des personnes du « champ public » participant à l'administration (Section 2).

Section 1 : Les critères de la notion d'organisme de droit public, éléments de construction du « champ public »

Se servir des critères de l'organisme de droit public pour identifier un « champ public » présente selon nous plusieurs intérêts pour comprendre les évolutions du droit national (I). L'exemple de l'émergence du droit des contrats publics en est un parfait exemple (II).

I. Le choix d'une méthode d'identification d'un « champ public »

Dans le discours juridique, il est devenu fréquent de s'intéresser à l'exemple de la notion d'organisme de droit public pour illustrer l'existence d'une « sphère publique »²⁴² ou d'un « champ public »²⁴³ d'origine européenne, comprenant les personnes publiques et les personnes privées sous contrôle public. Toutefois, il ne faut pas perdre de vue que, dans cette perspective, la notion

242 MARCUS (L.), *op. cit.*, p. 268.

243 AMILHAT (M.), *op. cit.*, p. 142.

d'organisme de droit public se révèle antérieure à l'établissement d'une notion de « champ public ». En effet, il nous paraît nécessaire de préciser que la notion d'organisme de droit public ne renvoie pas à un quelconque « champ public » dont elle serait la manifestation (A). Au contraire, on peut être tenté de se servir des critères de la notion d'organisme de droit public pour poser une définition du « champ public » (B).

A. La difficulté de rattacher la notion d'organisme de droit public à une notion existante de « champ public »

Intuitivement, il pourrait sembler que les critères de l'organisme de droit public, notamment les trois sous-critères alternatifs caractérisant l'influence publique, servent à s'assurer que l'organisme appartient bien à la sphère publique²⁴⁴. Cela pose tout d'abord un problème de vocabulaire. Le terme de « sphère publique » nous paraît mieux convenir que celui de « secteur public », qui, bien que n'ayant pas vraiment de signification juridique précise, est plutôt employé pour désigner l'ensemble des entreprises publiques²⁴⁵. Néanmoins, cette expression présente le désavantage de renvoyer, notamment dans la jurisprudence communautaire, à l'idée d'un espace public d'expression²⁴⁶, voire en matière de religion à l'existence d'un *forum externum* (par opposition au *for intérieur*)²⁴⁷. C'est pourquoi, en empruntant l'expression employée par Mathias Amilhat dans sa thèse, nous préférons parler de « champ public ». Toutefois, le principal problème est bien celui de la détermination de ce champ public, ou de cette sphère publique si l'on reste attaché à l'expression. Selon nous, l'une des clés pour apporter une réponse satisfaisante est de renoncer à considérer qu'il existe un champ public pour lequel les critères de l'organisme de droit public seraient un élément de rattachement. Cette démarche permet notamment de tenir compte de la dimension sectorielle de la réglementation du droit de l'Union. En effet, s'il existe dans les différents domaines communautaires une idée commune de champ public, il ne semble pas y avoir de notion. Autrement dit, le droit de l'Union européenne en véhicule une certaine représentation, mais il n'en existe ni critères d'identification, ni régime juridique précis.

Il serait difficile d'en trouver une meilleure illustration que dans les conclusions de l'avocat général Van Gerven sur l'arrêt *Foster*. Sans entrer dans le détail de l'affaire, on rappellera simplement que le problème juridique principal était de déterminer si la *British Gas Corporation* « devait être considérée comme “relevant de l'État” ou comme “un particulier” »²⁴⁸. L'avocat général exprime alors plusieurs idées fondamentales. D'abord, il précise que c'est à la Cour de Justice qu'il revient « de fournir

244 Par exemple, KALFLÈCHE (G.), *op. cit.*, p. 233.

245 Emmanuel Breen parle des « entreprises publiques qui composent, collectivement, le secteur public », V. « Entreprises publiques : Définition. Principes. Orientations », *JCl Adm*, Fasc. 158-10, 2013, pt. 2.

246 CJUE, 2 avril 2020, *Stirn et Sami*, C-753/18, concl. Spzpunar, *Rec. num.*, pt. 20.

247 CJUE, 4 octobre 2018, *Babtiyar Fatbi*, C-56/17, concl. Mengozzi, *Rec. num.*, pt. 73.

248 Concl. VAN GERVEN, 8 mai 1990, pt. 2 sur CJCE, 12 juillet 1990, *Foster e.a contre British Gas plc*, C-188/89.

les éléments de droit communautaire qui permettront au juge national de définir le concept d'«État» par rapport à celui de «particulier»²⁴⁹. De plus, il se positionne en faveur d'une approche binaire, excluant l'existence d'une troisième catégorie entre l'État et le particulier. Enfin, il effectue une comparaison entre plusieurs domaines « dans lesquels une notion d'autorité joue un rôle », pour en conclure que « dans toute réglementation, on recherche l'interprétation qui s'accorde le mieux avec la place dans le traité et, partant, le but de la notion d'autorité »²⁵⁰. Parmi les exemples pris par l'avocat général, on retrouve les notions d'aides publiques, d'entreprises publiques, d'autorités publiques en matière de restriction quantitative à l'importation et, la (à l'époque toute récente) notion d'organisme de droit public. Au vu de la volonté de l'avocat général de respecter une approche binaire, on comprend que l'aspect « public » de ces différentes notions tient dans leur rattachement, voire leur assimilation à l'État. Or, si chacune de ces notions ne renvoie pas à la même idée de l'État, l'avocat général distingue cependant deux types de définition : les unes appréciant largement l'État, les autres de façon restrictive. Cette dernière vise d'ailleurs, comme le souligne l'avocat général, à opérer une distinction en fonction de la qualité selon laquelle l'État agit (comme autorité publique ou comme personne privée par exemple). Elle témoigne donc d'une approche matérielle du caractère « public », ce qui ne nous intéresse pas ici. En revanche, l'avocat général Van Gerven nous livre une analyse extrêmement intéressante en ce qui concerne l'appréciation large de l'État. Selon lui, dans tous ces cas, on retrouve « l'idée qu'il y a à la base un élément de pouvoir public (...) qui, aux fins de l'application de la réglementation en cause, communique, par le biais du contrôle ou de l'influence qu'il exerce, son «caractère d'autorité publique» à d'autres organismes ou actes, même lorsque ceux-ci relèvent du droit privé »²⁵¹. Le caractère « public » d'une entité réside dans le « contrôle de fait » de l'État. Dans cette perspective, l'approche est plutôt organique puisqu'elle ne dépend pas de l'opération en cause, mais d'un élément indissociable de l'organisme : le contrôle public. Ainsi, il existe bien une représentation commune à plusieurs domaines, réunis autour de l'idée d'État.

Si l'on souhaite définir le champ public comme un ensemble d'entités, deux définitions semblent particulièrement indiquées : celle d'entreprise publique et celle de pouvoir adjudicateur. Mais, dans ce cas, il est difficile d'identifier une notion commune de « sphère publique » parce que les critères permettant d'établir le contrôle public ne sont pas les mêmes. Cette absence de champ public *a priori* n'empêche pas de vouloir en poser une définition. Simplement, il faut bien voir que lorsqu'on affirme, par exemple, que les entreprises publiques appartiennent à la sphère publique, on pose de façon prescriptive ce qu'est la sphère publique. Or, nous voudrions soutenir qu'à partir de la notion

249 *Ibid.* pt. 9.

250 *Ibid.* pt. 11.

251 *Ibid.* pt. 16.

d'organisme de droit public, il est possible de définir un champ public dont l'identification présente un intérêt.

B. La possibilité de définir une notion de « champ public » à partir de la notion d'organisme de droit public

Plusieurs raisons justifient de se servir de la notion d'organisme de droit public pour définir un champ public. Tout d'abord, le contrôle public caractérisé par les trois sous-critères alternatifs est bien plus large que celui posé en matière d'entreprises publiques. Certes, il est possible d'invoquer une grande similitude entre les deux. Nous avons d'ailleurs montré que la définition des entreprises publiques avait été un élément d'inspiration dans la conception de la notion d'organisme de droit public²⁵². En réalité, nous suivons Laure Marcus en affirmant que c'est dans la combinaison du premier critère et des trois sous-critères alternatifs qu'apparaît pleinement le contrôle public caractéristique des organismes de droit public. Selon elle, « l'activité d'intérêt général à caractère autre qu'industriel et commercial, exercée par l'organisme, constitue, en quelque sorte, la dimension matérielle du contrôle public, tandis que ses liens avec une personne publique en représentent la dimension organique »²⁵³. Pour autant, précise à juste titre l'auteure, si « le contenu de la notion de contrôle public est une synthèse d'éléments organiques et matériels (...), l'identification des deux composantes du contrôle public entraîne et justifie la singularisation d'une personne morale, et non celle d'une activité »²⁵⁴. En effet, cette « singularisation » repose sur une proximité avec l'État, une collectivité ou un autre organisme de droit public, mais aussi sur l'exercice à titre habituel d'un certain type d'activités. La qualification d'organisme « de droit public » ne s'applique pas uniquement lorsqu'une entité exerce des activités visant à répondre à un besoin d'intérêt général, cette qualité est attachée à l'organisme : c'est en cela qu'il s'agit d'un critère organique. La formulation textuelle du premier critère en est d'ailleurs symptomatique puisque l'organisme doit avoir été « créé spécifiquement pour » satisfaire ces besoins d'intérêt général autre qu'industriel ou commercial. En somme, il n'est pas question de viser toutes les personnes sous l'influence dominante de l'État : ne sont pas sous contrôle public celles de ces entités qui exercent des activités industrielles ou commerciales. Laure Marcus en conclut que « la notion communautaire de contrôle public ramène à l'unité les définitions organique et matérielle de l'administration »²⁵⁵. En effet, selon Pascale Gonod, « l'administration publique peut être envisagée de deux points de vue (...) ou bien elle est définie comme une organisation, ou bien encore comme un ensemble d'activités »²⁵⁶. Aussi, pour Laure Marcus, appréhender la sphère publique par le contrôle

252 Cf *Supra* Partie 1, Chapitre 1, section 1, I, A.

253 MARCUS (L.), *op. cit.*, p. 283.

254 *Ibid.*, p. 286.

255 *Ibid.*, p. 288.

256 GONOD (P.), *Droit administratif général*, coll. « Mémentos », Dalloz, 2^{ème} éd., 2020, p. 5.

public permet de tenir compte du fait que certaines personnes privées participent à l'administration-activité, sans appartenir à l'administration-organisation. Il faut le dire, cette démarche nous semble convaincante. Toutefois, il paraît nécessaire d'apporter quelques précisions pour bien cerner les caractéristiques d'un champ public ainsi défini.

On ne saurait cacher que l'approche retenue par le droit de l'Union européenne pour caractériser le contrôle public est ambiguë. L'existence d'éléments matériels dans une définition organique est un facteur d'instabilité de la catégorie. En effet, si un organisme de droit public se met finalement à répondre exclusivement à des besoins industriels ou commerciaux, il perd cette qualification. En principe, devraient être prises en compte les activités pour lesquelles l'organisme a été spécifiquement créé donc le risque d'une sortie du champ public serait limité. Mais, dans ce cas, les potentiels effets attachés à un contrôle public pourraient être contournés par l'État. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Cour de Justice a neutralisé la mention « créé spécifiquement pour » dans la définition des organismes de droit public²⁵⁷. Sans doute, cette solution permet de donner une description plus objective du « champ public ». Simplement, il faut admettre que le « champ public » ainsi établi n'a pas une consistance stable. Certains organismes peuvent par exemple entrer ou sortir du « champ public » d'une année sur l'autre.

Ensuite, il faut sans doute rappeler que le critère de l'activité dans la définition des organismes de droit public est double. Les besoins auxquels répond l'entité doivent d'abord présenter un caractère d'intérêt général. Il faut donc apprécier la nature de l'activité. Ensuite, son caractère autre qu'industriel ou commercial est établi lorsque l'organisme ne répond pas aux besoins dans les conditions normales du marché. Par conséquent, si l'on se sert de la notion d'organisme de droit public (telle qu'interprétée par la Cour de Justice) le versant matériel du contrôle public se manifeste de deux façons. Il renvoie en premier lieu à l'idée que l'organisme participe aux missions d'intérêt général, donc, en quelque sorte, à l'activité administrative. Puis, il signifie que cet organisme n'offre pas ses services sur le marché, ou, à défaut, qu'il n'intervient pas comme un opérateur normal dans une situation de pleine concurrence. Dans cette perspective, l'organisme est sous contrôle public parce qu'il exerce une activité publique et parce qu'il l'exerce dans des conditions publiques, c'est-à-dire dans un cadre non-concurrentiel. Le caractère cumulatif de ces deux exigences amène à définir le champ public de façon plutôt restrictive. Pour autant, il ne paraît pas illogique de faire relever du champ privé un organisme exerçant ses activités d'intérêt général dans une situation de pleine concurrence. Si le fonctionnement du marché se concilie souvent assez mal avec l'idée d'intérêt général, il n'y a pas d'obstacle à considérer que le jeu de la concurrence puisse être un mode particulier de satisfaction de celui-ci. Dans ce cas, en réalité, ce n'est

257 Cf *Supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, I, A.

pas un organisme en particulier qui satisfait le besoin d'intérêt général, mais plutôt l'interaction entre les opérateurs sur le marché. Pourquoi dès lors rattacher l'un de ses opérateurs au champ public sous prétexte d'un lien organique avec l'État alors qu'en pratique, l'intérêt général résulte de sa non-singularisation ? En effet, selon la définition du contrôle public retenue, si cet organisme agit sur le marché dans des conditions avantageuses ou en supportant des charges particulières alors il n'est plus considéré comme répondant à des besoins industriels ou commerciaux, et il est promu dans le champ public.

En définitive, cette construction du champ public se veut profondément étatique. Les éléments organiques du contrôle public permettent à l'État d'influer sur le choix des activités exercées par les organismes du champ public. Les éléments matériels du contrôle public montrent que l'État a utilisé son influence sur ces organismes pour qu'ils exercent des activités d'intérêt général et qu'ils agissent autrement que selon la rationalité concurrentielle. Ainsi compris, le champ public correspond à un prolongement organique de l'État comme puissance de dérogation au droit commun. Il est alors possible de renverser la perspective : il n'est plus incongru d'assimiler une personne morale de droit privé à l'Administration publique dès lors qu'on considère qu'il ne s'agit pas d'un dépouillement de la puissance de l'État, mais plutôt d'une modalité particulière de sa réalisation.

II. Champ public et droit national : l'exemple des contrats publics

L'exemple des « contrats publics » se révèle très intéressant pour montrer qu'une analyse en termes de « champ public » permet de renouveler une approche classiquement fondée sur la personnalité publique (A) afin de lui donner plus de densité théorique (B).

A. Les faiblesses d'une approche des contrats publics comme contrats de l'Administration

L'émergence du discours autour des « contrats publics » est relativement récente. Il s'accompagne de profonds questionnements autour de l'utilisation de l'outil contractuel par les personnes publiques. Ainsi, en 2006, le professeur Eckert affirme que « le constat doctrinal est unanime pour souligner le fait que le droit des contrats de l'administration est en crise »²⁵⁸. L'apparition d'une approche en termes de contrats publics vise à contribuer à la construction d'une théorie générale, notamment dans l'optique de rationaliser un droit devenu très complexe. Il est donc question de trouver un droit des contrats publics, et partant, un régime général des contrats publics. Or, le professeur Eckert met en lumière le fait que « la principale difficulté tient, bien entendu, à la

258 ECKERT (G.), « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA*, 2006, n°2, p. 238.

délimitation des sujets de ce droit des contrats publics »²⁵⁹. Une partie de la doctrine a considéré qu'il convenait de réserver le terme de contrats publics aux contrats des personnes publiques²⁶⁰. Dans cette hypothèse, « contrat public » devient un synonyme, ou quasi-synonyme de « contrat de l'Administration ». Il nous semble qu'une telle approche procède, pour ainsi dire, « à l'envers ». En effet, elle opère par une sorte de généralisation du critère organique du contrat administratif, qualification pour laquelle la présence d'une personne publique au contrat est, en principe, une condition *sine qua non*. Elle postule que les contrats des personnes publiques, même s'ils ne remplissent pas le critère matériel les rendant « administratifs », n'en sont pas pour autant des contrats de droit commun. Ainsi, les contrats administratifs deviennent une sous-catégorie de la catégorie plus large des contrats publics, qui repose exclusivement sur la présence d'une personne publique. En outre, cela permet d'asseoir théoriquement l'idée que les personnes privées ne peuvent pas passer de contrats administratifs. André de Laubadère ne faisait pas autre chose lorsqu'il affirmait qu'« un contrat conclu entre particuliers ne saurait être un contrat administratif puisqu'il n'est même pas un contrat de l'administration »²⁶¹. Cette présentation possède, il est vrai, l'avantage de la clarté.

Toutefois, on peut se poser la question de la pertinence d'une approche des contrats publics fondée sur la personnalité publique. Celle-ci semble être en grande partie rendue caduque par l'importance croissante du droit de l'Union européenne. D'une façon générale, il serait à l'origine d'une « banalisation » des personnes publiques, en raison d'un recul du service public au profit de considérations de concurrence²⁶². En particulier, il influence beaucoup l'idée qu'existe un « droit des contrats publics ». La complexification des contrats publics vient essentiellement de l'émergence de règles relatives aux contrats spéciaux issues de l'Union européenne. On pense en premier lieu aux marchés publics, domaine contractuel quantitativement très importants dans la vie contractuelle des personnes publiques. Plus encore, selon le professeur Ritleng, « émerge (...) progressivement, en droit communautaire, au-delà de la notion de marché public visé par les directives, la catégorie juridique plus large du contrat public, entendu comme tout contrat, quel que soit son objet, conclu par un “pouvoir adjudicateur” »²⁶³. Cette évolution est relativement logique au regard de l'objectif du droit de l'Union européenne de protéger l'ordre concurrentiel. La suspicion à l'égard de certains contrats résulte moins du critère matériel que du critère organique. Le droit de l'Union européenne identifie plutôt certaines personnes susceptibles d'adopter des comportements irrationnels (et surtout protectionnistes) parce

259 *Ibid.*, p. 244.

260 GUIBAL (M.), « À propos d'une incertitude : la notion de personne publique contractante » in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, PUG, 2004, p. 229

261 DE LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tome 1, LGDJ, 1956, n°34, p. 55.

262 AUBY (J.-B.), « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites » in *Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3.

263 RITLENG (D.), « L'influence du droit communautaire sur les catégories organiques du droit administratif » in AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.) (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007. p. 856.

qu'elles ne sont pas nécessairement mues par une logique économique. C'est, en somme, tout l'inverse du contrat administratif français dont la relative exorbitance provient soit du contrat lui-même (critère des clauses exorbitantes), soit de l'objectif qu'il sous-tend (critère du service public) : donc dans les deux cas d'un aspect matériel. C'est sans doute pour cela qu'en se fondant sur une dimension organique, il est plus facile de généraliser à partir du droit de l'Union qu'à partir du droit national. Or, le droit des marchés publics européen est indifférent aux considérations organiques nationales. Nous avons d'ailleurs voulu montrer à quel point la notion d'organisme de droit public joue un rôle clé dans cette approche particulière. Limiter les contrats publics aux seuls contrats des personnes publiques ne rend certainement pas compte des mutations profondes qui affectent le droit national, et surtout, elle est impropre à fonder une théorie d'ensemble convaincante. C'est pourquoi plusieurs auteurs se sont positionnés en faveur d'un dépassement du critère organique traditionnellement mobilisé en droit public, à savoir la personnalité publique.

B. L'intérêt d'une approche des contrats publics comme contrats des personnes du champ public

Pour le professeur Gabriel Eckert, si le droit des contrats publics « a vocation à s'appliquer à l'ensemble des personnes publiques, il importe certainement de l'étendre aux personnes morales de droit privé relevant du secteur public »²⁶⁴. Le choix d'élargir à certaines personnes privées implique de définir la « sphère publique » ou, comme nous préférons l'appeler, « le champ public » (1) et pose la question d'une possible éviction de certaines personnes publiques (2).

1. L'intérêt d'un champ public calqué sur la notion d'organisme de droit public. En matière de contrats publics, il semble que le critère du contrôle public défini à partir de la notion d'organisme de droit public soit tout indiqué. Sur le plan théorique, Laure Marcus estime que cette façon d'appréhender la matière « est justifiée par le souci d'adapter le contenu de la notion de contrat public à la réalité sociale et juridique de l'organisation administrative, qui fait participer des personnes privées à l'exécution des activités administratives »²⁶⁵. De plus, les remarques faites précédemment sur l'inadéquation avec la logique européenne sont naturellement neutralisées dans la mesure où le contrôle public est établi à partir de la notion d'organisme de droit public propre aux marchés publics. Dans une telle perspective, l'ensemble des contrats de la commande publique forment un sous-ensemble des contrats publics. En réalité, tous les actes d'achats des personnes du champ public sont soumis à un régime spécial puisque les principes de la commande publique s'appliquent dès le premier euro. De plus, certaines règles traditionnellement applicables aux seuls contrats des personnes publiques tendent,

264 ECKERT (G.), « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *op. cit.*, p. 244.

265 MARCUS (L.), *op. cit.*, p. 289.

sous l'effet du droit de la concurrence de l'Union, à toucher également les personnes privées du champ public. L'exemple du principe d'incessibilité à vil prix est relativement parlant. En principe, cette règle est attachée au régime de la propriété publique, et n'a donc vocation qu'à toucher les personnes publiques. Si, selon le professeur Yolka, « c'est la protection des intérêts patrimoniaux du propriétaire public qui justifie une telle solution »²⁶⁶, elle peut également être rattachée au principe d'égalité de concurrence. En effet, la cession par voie contractuelle d'un bien en dessous de sa valeur risque de conférer au co-contractant un avantage concurrentiel sur le marché. Au niveau européen, une telle situation relève du régime des aides d'État. Or, l'interdiction concerne les aides accordées directement par l'État, mais aussi par des ressources de l'État, cette dernière précision permettant d'inclure des personnes privées sous contrôle public. L'existence de liens organiques des organismes avec les pouvoirs publics n'est pas suffisant, il faut établir que l'État peut « orienter l'utilisation de leurs ressources pour financer, le cas échéant, des avantages spécifiques en faveur d'autres entreprises »²⁶⁷. Pour ce faire, la Cour de Justice prend en compte plusieurs données relatives à l'organisme octroyant l'aide, et notamment « la nature de ses activités et l'exercice de celles-ci sur le marché dans des conditions normales de concurrence avec des opérateurs privés »²⁶⁸. Sur ce point, l'acception large du contrôle public retenue se révèle utile puisqu'elle permet de caractériser le fait que les personnes du champ public, agissant hors condition normale de la concurrence, risquent de se voir opposer le droit communautaire des aides d'État. Celles-ci sont ainsi susceptibles de ne pas pouvoir conclure de contrat cédant à vil prix leurs biens. Ainsi, il semble possible de dire que, sous l'effet du droit de l'Union européenne, l'incessibilité à vil prix devient une exigence particulière pesant sur l'ensemble des contrats des personnes du champ public.

2. L'exclusion délicate des contrats de certaines personnes publiques. Suivant l'affirmation du professeur Eckert, le droit des contrats publics « a vocation à s'appliquer à l'ensemble des personnes publiques ». Pourtant, d'un point de vue purement théorique, cela ne semble pas évident. En effet, l'extension de cette qualification aux contrats de certaines personnes privées résulte d'un contrôle public de l'État (ou des collectivités territoriales). Comment, dès lors, expliquer que la nature de la personnalité n'ait pas d'incidence lorsque celle-ci est privée, mais qu'elle en est une lorsqu'elle est publique ? De plus, le « champ public » que nous avons identifié repose pour moitié sur un élément matériel : il vise à couvrir les personnes qui n'exercent pas leurs activités dans les conditions normales du marché. Or, certaines personnes publiques, notamment les EPIC, peuvent ne pas répondre à ce critère. Aussi, il n'y a aucune nécessité logique à considérer, par exemple, que le contrat conclu entre un

266 YOLKA (Ph.), *La propriété publique, éléments pour une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit public », LGDJ, Tome 191, 1997, p. 579.

267 CJCE, 15 mai 2002, *Commission contre France*, C-482/99, concl. Jacobs, *Rec. I-04397*, pt. 38.

268 *Ibid.*, pt. 56.

EPIC agissant dans un environnement concurrentiel et l'un de ses fournisseurs est un contrat public. La difficulté d'une telle approche, c'est qu'elle remet en cause le lien entre la catégorie des contrats publics et des contrats administratifs. En effet, il semblerait difficile de faire admettre que les contrats de certaines personnes publiques ne soient pas des contrats publics, mais que lorsqu'ils remplissent certains critères matériels (par exemple avec des clauses exorbitantes), ils sont des contrats administratifs. Transparaît ici toute la contradiction interne de cette catégorie des contrats publics qui tente de synthétiser l'apport du critère organique européen fondé sur le champ public et sa vision par la doctrine administrativiste française comme une catégorie visant à replacer les contrats administratifs dans une dimension plus large. De plus, en matière de commande publique, élément central de l'appréhension des contrats publics, le Code s'applique à toutes les personnes publiques et pas seulement à celles qui sont des organismes de droit public. Cette asymétrie témoigne à la fois d'un attachement du droit national à la prise en compte du statut public, mais, en même temps, d'un décalage entre la réalité du « champ public » et de la personnalité publique.

Section 2 : L'impossible prise en compte du champ public par le critère organique actuel en droit administratif

Le rôle subsidiaire du critère organique de la personnalité publique dans l'application du droit administratif²⁶⁹ est fréquemment pointé du doigt. Ce phénomène prend une telle ampleur que certains auteurs questionnent la pertinence de conserver la personnalité publique comme critère organique en droit administratif. L'idée de l'existence d'un champ public incluant certaines personnes privées n'est d'ailleurs pas étrangère à ces problématiques (I). La remise en cause du critère organique du contrat administratif en est une bonne illustration (II).

I. La remise en cause du critère organique en droit administratif par une lecture en termes de champ public

Sans doute, faut-il rappeler que l'impossibilité de limiter le champ public aux personnes publiques n'est pas le seul facteur de remise en cause de l'utilisation de la personnalité publique comme critère organique. Celle-ci subit deux grands types d'attaques. D'un point de vue technique, les auteurs soulignent le fait que ce critère n'est plus fiable pour entraîner l'application du droit administratif et la compétence du juge administratif. D'un point de vue théorique, il lui est également reproché de ne pas permettre de saisir pleinement la réalité de l'Administration qui dépasse aujourd'hui le cadre de la personnalité publique. Or, si la notion de champ public dépassant la personnalité publique est peu

²⁶⁹ Nous nous attarderons ici sur le droit administratif *stricto sensu*, comme droit dérogatoire et spécial appliqué par la juridiction administrative.

sollicitée pour constater l'inefficacité technique du critère organique (A), elle en appuie l'idée d'une inefficacité théorique (B).

A. L'utilité limitée du champ public pour souligner l'inefficacité technique de la personnalité publique

Dans certaines situations, la présence d'une personne publique n'est pas de nature à provoquer l'application du droit administratif. En effet, les personnes privées peuvent être soumises au droit administratif. Cela concerne essentiellement le cas des personnes privées gérant un service public, « démenti le plus sérieux au jeu du critère organique »²⁷⁰. Parfois, le service public peut être confié ou spontanément pris en charge par une personne privée. Dans ce cas, le critère organique est tout simplement neutralisé au profit du seul critère matériel de l'exécution d'un service public. La situation est un peu différente lorsque l'État ou les collectivités créent une personne privée spécifiquement pour exercer un service public. Ce cas de figure est très courant, tant au niveau local avec les sociétés d'économie mixte ou les sociétés publiques locales (SPL), qu'au niveau national avec les sociétés publiques nationales. Par exemple, les sociétés publiques locales sont, comme nous avons pu le dire, bien souvent des organismes de droit public : sous contrôle public, elles appartiennent donc au champ public. Comme pour toute personne privée, une partie des activités d'une SPL peut potentiellement être soumise à l'appréciation du juge administratif lorsque le service public est en jeu, sans que son appartenance au champ public ne puisse créer de présomption particulière. Par exemple, les critères et indices des jurisprudences *Nary*²⁷¹ et *APREI*²⁷², s'appliquent aux SPL comme à n'importe quelle personne privée²⁷³. Toutefois, ces solutions jurisprudentielles ne sont pas propres à ces personnes privées du champ public, l'idée de contrôle public peut apparaître en filigrane. La jurisprudence, suivant l'arrêt *Nary*, formalise trois conditions pour qu'une personne privée soit considérée comme gérant un service public : l'exercice d'une mission d'intérêt général, le contrôle de l'administration et la détention de prérogatives de puissance publique²⁷⁴. Si le contrôle de l'administration peut s'entendre comme contrôle de l'activité de service public, il est d'autant plus établi lorsqu'il s'agit d'un contrôle organique. D'ailleurs, dans l'arrêt *Nary*, le Conseil d'État prend en considération le fait que « les ministres chargés de la tutelle [des sociétés foncières d'aménagement rural] approuvent la nomination de leurs dirigeants, leurs programmes annuels d'opérations et contrôlent leur activité par l'intermédiaire de commissaires du gouvernement ». De plus, la détention de prérogatives de puissance public signifie que la personne privée exerce au moins une partie de ses activités dans des conditions autres que celles du marché, ce

270 PLESSIX (B.), *op. cit.*, p. 485.

271 CE, 28 juin 1963, *Sieur Nary*, n°43834, concl. Kahn, *Rec.* p. 401.

272 CE, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n°264541, concl. Verot, *Rec.* p. 92.

273 Sur l'application aux SPL de ces jurisprudences, cf. DEVÈS (C.), « Sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement », *JCl Adm.*, Fasc. 163, 2019, n°65.

274 V. CE, 5 octobre 2007, *UGC-ciné-cité*, n°298773, concl. Casas : « une personne privée qui assure une mission d'intérêt général sous le contrôle de l'administration et qui est dotée à cette fin de prérogatives de puissance publique est chargée de l'exécution d'un service public ».

qui est un signe d'appartenance au champ public. Même en l'absence de telles prérogatives, les indices consacrés par la jurisprudence *APREI* se rapprochent de la logique du champ public. Une personne privée peut être considérée comme gérant un service public « eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'administration a entendu lui confier une telle mission »²⁷⁵. Pour le professeur Hourson, ces indices permettent « de s'assurer de l'emprise de l'Administration sur l'activité d'intérêt général »²⁷⁶. Plus généralement, la référence, notamment aux conditions de création, d'organisation ou de fonctionnement tend à montrer que l'Administration exerce bien une influence dominante sur la personne elle-même. En réalité, la vision par le prisme du champ public n'explique sans doute pas ces jurisprudences, mais il est possible de mettre en lumière des similitudes de raisonnement. Les indices de l'exercice d'un service public, comme les critères du contrôle public permettent de rendre compte des situations où l'Administration crée une personne privée pour lui faire exercer des activités qui n'ont théoriquement pas vocation à être prises en charge par des personnes privées. Les sociétés publiques locales en sont un exemple topique. Mais plus encore que la question du service public, l'appartenance au champ public permet sans doute d'expliquer pourquoi le droit applicable à ces sociétés, au-delà de la seule question du juge compétent, semble teinté de droit public. En effet, ces sociétés relèvent du contrôle du préfet, mais aussi de celui de la chambre régionale des comptes et de la Cour de discipline budgétaire et financière²⁷⁷. Leur appartenance au champ public fait peser sur les SPL des devoirs spéciaux. Ainsi, la bonne utilisation des deniers dont elles ont la charge et la probité de leurs dirigeants sont des questions d'une importance capitale pour l'État. L'idée du champ public, si elle se manifeste par des critères juridiques, dépasse en effet le seul cadre du droit. De part leurs activités et leurs liens étroits avec les collectivités, les SPL, dans l'esprit du citoyen, appartiennent à l'Administration. Les dysfonctionnements dont elles pourraient être victime engagent politiquement les collectivités qui les contrôlent. Se dessine ici le lien étroit qui peut exister entre les critiques pratiques et les critiques théoriques que subit le critère organique de la personnalité publique.

B. L'utilité affirmée du champ public pour souligner l'inefficacité théorique de la personnalité publique

La critique la plus sérieuse qu'on puisse porter au critère organique actuel résulte de l'impossibilité de réduire l'Administration aux seules personnes publiques. Autrement dit, face au constat que la catégorie des personnes du champ public et celle des personnes publiques ne

275 CE, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n°264541, concl. Verot, *Rec.* p. 92.

276 HOURSON (S.), « Service public exploité par une personne privée, Commentaire sous CE Sect., 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.), requête numéro 264541 », *Revue générale du droit on line*, 2008, n°1872, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/02/09/service-public-exploite-par-une-personne-privee/>.

277 DEVÈS (C.), « Sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement », *op. cit.*, n°137 et s.

correspondent pas, certains auteurs affirment que la première rend mieux compte de ce qu'est l'Administration que la seconde. Dans sa thèse de 1979, le professeur Jean-Bernard Auby estime que « s'interroger sur la qualité de personne publique d'une personne morale, c'est s'interroger sur son appartenance à l'Administration, sur son incorporation à l'Administration »²⁷⁸. Pour Paul-Maxence Murgue-Varoquier, « cette assertion apparaît aujourd'hui insuffisante »²⁷⁹. Dans sa thèse consacrée à l'étude du critère organique en droit administratif, celui-ci fait état de plusieurs apories de la personnalité publique, dans le but de proposer une redéfinition incorporant les « personnes privées de la sphère publique ». Nous nous intéresserons seulement à deux de ces critiques, pour lesquelles le contrôle public déduit de la notion d'organisme de droit public peut être intéressant. Le critère organique serait d'abord « inopérant au regard du droit de l'Union européenne »²⁸⁰(1). De plus, il ne permettrait pas de prendre en compte « les personnes privées parapubliques »²⁸¹ (2).

1. L'inopérance de la personnalité publique au regard du droit de l'Union : une fausse critique. Cette critique nous semble à la fois fondée et injustifiée. Elle est fondée parce qu'il est impossible de nier que le droit de l'Union européenne est, sur bien des points, indifférent aux classifications organiques nationales. Comme le souligne l'auteur, ce droit est « entièrement tourné vers la réalisation d'un objectif transnational »²⁸². À ce titre, il apparaît donc que la personnalité publique n'a aucune utilité face au droit de l'Union. Mais, la critique est peut-être injustifiée. Comme l'indique le professeur Azoulay, « dans le droit de l'Union, [la distinction entre sphère publique et sphère privée] relève de considérations fonctionnelles bien plus que de critères organiques »²⁸³. Effectivement, le droit de l'Union n'utilise pas le critère de la personnalité publique lorsqu'il s'agit d'établir une « exemption des règles auxquelles sont soumis les pouvoirs privés en économie de marché »²⁸⁴ selon la formule du professeur Azoulay. Toutefois, il est possible de se demander si la critique de Paul-Maxence Murgue-Varoquier ne manque pas sa cible. Si nous admettons qu'en raison de la logique fonctionnelle du droit de l'Union la personnalité publique n'est pas fiable, le constat n'est-il pas extensible à n'importe quel critère organique ? De plus, le droit de l'Union n'est pas nécessairement indifférent à la distinction entre personnes publiques et personnes privées. Le régime attaché à la personnalité publique, notamment en matière de biens, contribue largement à la pression exercée par la Commission européenne et la Cour de Justice dans la sociétisation des grands EPIC nationaux²⁸⁵. Ainsi, le droit de l'Union paraît moins

278 AUBY (J.-B.), *La notion de personne publique en droit administratif*, Thèse Bordeaux I, 1979, p. 98 ; cité par MURGUE-VAROQUIER (P.-M.), *op. cit.*, p. 586.

279 MURGUE-VAROQUIER (P.-M.), *op. cit.*, p. 586.

280 *Ibid.*, p. 533.

281 *Ibid.*, p. 575.

282 *Ibid.*, p. 535.

283 AZOULAY (L.), « Sur un sens de la distinction public/ privé dans le droit de l'Union européenne », *RTD eur*, 2010, n°4, p. 842.

284 *Ibid.*

285 NICINSKI (S.), « Personne publique et droit du marché » *in* AFDA, *La personnalité publique*, coll. « Colloques &

indifférent que méfiant à l'égard du statut public des entités puisque celui-ci est porteur d'exorbitance. Par ailleurs, même si le droit de l'Union a effectivement plutôt tendance à raisonner en termes de sphère publique ou de champ public pour désigner l'Administration, la consistance qu'il donne à cette notion est extrêmement variable. La dualité de définition des « organismes de droit public » en est un parfait exemple. Dans la définition qui nous a occupé jusqu'à présent, l'organisme de droit public désigne une personne sous une forme particulière de contrôle public. Il ne s'agit pourtant pas de la seule acception des « organismes de droit public » en droit de l'Union. Dès 1977, la Sixième Directive en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires dispose que « les États, les régions, les départements, les communes et les autres organismes de droit public ne sont pas considérés comme des assujettis pour les activités ou opérations qu'ils accomplissent en tant qu'autorités publiques »²⁸⁶. Reprise par la Directive 2006/112/CEE, une juridiction portugaise pose une question préjudicielle afin de savoir si la référence aux « autres organismes de droit public » en matière fiscale doit désormais être interprétée au regard de la définition donnée par les directives marchés publics. La Cour considère que « le contexte dans lequel s'insère la notion d' "autres organismes de droit public" figurant [dans] la directive 2006/112 est foncièrement différent »²⁸⁷. Cette divergence s'explique aisément : dans le cadre des marchés publics, il convient de donner une définition large de l'organisme de droit public alors qu'en matière fiscale, comme il est question d'exonération, une approche plus restrictive est justifiée. En droit de l'Union, l'Administration qui passe des marchés publics n'est pas la même que celle dont les activités accomplies en tant qu'autorité publique sont exonérées de T.V.A. Cette approche fonctionnelle et sectorielle du droit de l'Union rend difficile l'établissement d'un critère organique global. La question de la pertinence est ainsi valable pour tout critère organique, qu'il soit fondé sur la personnalité publique ou sur l'appartenance au champ public. Si l'on ne plaide pas en faveur de la disparition totale du critère organique, l'argument du droit de l'Union n'est, selon nous, pas recevable. L'existence d'effets juridiques attachés aux personnes du champ public en droit de l'Union permet de mettre en lumière les apories du raisonnement par la personnalité publique, mais il n'apporte pas de réponse définitive.

2. La non prise en compte des personnes privées parapubliques. Le droit positif assimile parfois certaines personnes privées à l'Administration. Par exemple, selon l'article L.100-3 du Code des relations entre le public et l'administration, « on entend par (...) Administration : les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, leurs établissements publics administratifs et les organismes et

Débats », Lexis Nexis, 2007, p. 226.

286 Art. 4. 5. de la Sixième directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires - Système commun de taxe sur la valeur ajoutée: assiette uniforme.

287 CJUE, 25 octobre 2015, *Saudaçor*, C-174/14, concl. Niilo Jääskinen, *Rec. num.*, pt. 47.

personnes de droit public et de droit privé chargés d'une mission de service public administratif ». Dans cette perspective, certains organismes de droit public appartiendront toujours à l'Administration. On pourrait y voir une consécration d'une approche en termes de champ public. Mais, en réalité, cette définition particulièrement large ne semble reposer sur aucune considération organique. Si la nature de la personnalité de ces entités n'importe pas, c'est moins parce que le CRPA adopte la logique transcendante du champ public que parce qu'il ne se fonde que sur une seule chose : l'exercice d'un service public administratif. En effet, le Code s'applique indistinctement aux personnes privées sous contrôle public et aux personnes privées qui n'ont aucun lien organique avec l'État ou les collectivités. Nous serions ainsi tentés de dire que le Code ne définit pas vraiment l'Administration-organisation, mais plutôt les personnes participant à l'administration-activité. De plus, comme nous l'avons déjà exprimé, les établissements publics exerçant une activité industrielle ou commerciale peuvent être des organismes de droit public, et, pour autant, ils ne rentrent pas dans la définition posée par le CRPA. Le point commun entre ce code et le développement d'une approche par le champ public est de mettre au jour la distance entre l'acception fonctionnelle et l'acception organique de l'Administration. Au fond, l'exploitation d'un service public administratif par une personne privée n'est pas vraiment problématique : c'est une pratique ancienne et elle correspond généralement à une volonté des personnes publiques d'associer les particuliers à l'exécution du service public. En revanche, le développement de personnes privées spécifiquement créées pour participer à l'administration publique est plus délicate. En créant un lien d'automaticité dans leur participation à l'administration, les pouvoirs publics remettent en cause le caractère contingent de la participation des personnes privées à l'exercice du service public. Leur incorporation à l'Administration paraît d'autant plus évidente lorsque ces personnes privées sont conçues pour interagir avec l'État et les collectivités. Par exemple, les SPL sont essentiellement conçues pour répondre aux besoins des collectivités territoriales, tout en remplissant les conditions du « in-house »²⁸⁸ (ou « quasi-régie », ou encore « prestation intégrée »). Pour les collectivités territoriales, elles représentent simplement une modalité particulière d'exercice du service public. Leur création répond ainsi à une volonté de conférer une autonomie à une activité. Cette recherche d'autonomisation de certaines activités, déjà à l'origine du développement des établissements publics, franchit un nouveau cap en échappant au régime de la personnalité publique. L'ampleur du phénomène apparaît encore plus clairement lorsqu'on songe au fait que ces sociétés sont très présentes en matière d'urbanisme, d'aménagement, de construction, soit dans des secteurs à fort enjeu économique et politique.

288 Les contrats « in house » forment une exception à l'obligation de respecter les règles de la commande publique, lorsque le pouvoir adjudicateur exerce un contrôle analogue à celui qu'il exerce sur ses propres services. Sur ce point cf. NICINSKI (S.), *op. cit.*, p. 442 et s.

Si l'on ramène ces considérations à la question de l'application du droit administratif, on constate que ce qui est en jeu, c'est la légitimité du critère de la personnalité publique comme critère d'application d'un droit dérogatoire et spécial. Outre le constat de l'existence de situations où le critère organique est neutralisé par le droit positif, une contestation du lien théorique entre la personnalité publique et l'appartenance à l'Administration amène à remettre en cause le champ d'application du droit administratif. Du point de vue des destinataires, cela revient à se demander si une entité est plus légitimement susceptible de bénéficier de règles dérogatoires et spéciales en raison de son statut de personne publique ou en raison du contrôle public dont elle fait l'objet. En effet, le critère organique reste déterminant pour l'application de pans entiers du droit administratif *stricto sensu*, c'est-à-dire comme « l'ensemble des normes qu'applique le juge administratif pour trancher les litiges qui relèvent de sa compétence »²⁸⁹. Par principe, il n'y a pas de contrat administratif ou de domaine public sans personne publique. C'est sans doute là le plus gros problème du critère organique actuel. Alors que le champ public est amené à admettre en son sein des personnes privées, l'exigence d'une personnalité publique dans l'application du droit administratif est source de rigidité. Ainsi, le développement d'un champ public hors du cadre restrictif de la personnalité publique fait perdre au juge administratif et au droit administratif une partie de son emprise sur l'Administration.

II. Champ public et droit administratif : l'exemple des contrats administratifs

La pertinence du critère organique du contrat administratif est remis en cause par l'affirmation de deux droits contractuels applicables aux pouvoirs adjudicateurs : le droit de la commande publique (A) et, plus généralement, le droit des contrats publics (B).

A. Le décalage entre contrats administratifs et contrats de la commande publique

Il est possible de définir les contrats administratifs comme « les contrats généralement conclus par des personnes publiques qui, en vertu d'une qualification législative ou de l'application de critères jurisprudentiels, sont soumis à un régime juridique spécial, présenté comme dérogatoire au droit civil du contrat (...) et dont le contentieux relève du juge administratif »²⁹⁰. Par conséquent la présence d'une personne publique est en principe indispensable pour qu'un contrat soit qualifié d'administratif. Pour le professeur Brenet, « cet attachement au critère organique est remarquable lorsqu'il est envisagé à la lumière des solutions jurisprudentielles applicables aux actes administratifs unilatéraux, qui peuvent parfaitement être édictés — sous certaines conditions — par des personnes privées »²⁹¹. Néanmoins,

289 CHRÉTIEN (P.), CHIFFLOT (N.), TOURBE (M.), *op. cit.*, p. 19.

290 Hœpffner (H.), *op. cit.*, p. 1.

291 BRENET (F.), « Les contrats administratifs » *in* GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.) (dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 2, coll. « Traité Dalloz », Dalloz, 2011, p. 226.

comme la qualification peut être législative, l'absence de personne publique au contrat peut être tenue en échec par le législateur, soit parce qu'il qualifie « d'administratifs » une catégorie de contrats, soit parce qu'il attribue leur contentieux au juge administratif . Par exemple, l'article L. 2331-1 du code général de la propriété des personnes publiques affirme la compétence du juge administratif pour les litiges relatifs « aux autorisations ou contrats comportant occupation du domaine public, quelle que soit leur forme ou leur dénomination, accordées ou conclus par les personnes publiques ou leurs concessionnaires ». Néanmoins, le législateur peut également faire du critère organique le seul critère d'attribution du contentieux. L'article 6 du Code de la commande publique en offre un parfait exemple puisqu'il dispose que « s'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs ». *A contrario*, ceux qui sont passés par des personnes privées ne sont pas des contrats administratifs, formant un versant judiciaire du contentieux de la commande publique. Comme nous avons pu l'affirmer, ce décalage a été à l'origine de bien des difficultés et opère encore aujourd'hui une scission du régime applicable à la catégorie, relativement homogène en droit de l'Union, des organismes de droit public.

L'articulation entre les deux qualifications n'est pas impossible puisque le droit de la commande publique s'apparente moins un droit contractuel qu'à un droit pré-contractuel : il régit essentiellement les modes de passation. En effet, si les organismes de droit public sont soumis à ce droit particulier, c'est avant tout parce que le droit de l'Union estime qu'ils pourraient, en raison du contrôle public dont ils font l'objet, être amenés à privilégier certains co-contractants nationaux. En revanche, le caractère administratif ou privé des contrats qu'il passe n'est pas sous-tendu par l'exercice du service public ou l'exorbitance des clauses, le Code opère la qualification sur le seul critère de la personnalité publique. Transparaît en matière contractuelle le décalage qui a pu se creuser entre un droit contractuel des personnes du champ public, fondé sur le contrôle public, et un droit contractuel des personnes publiques, fondé sur l'exorbitance nécessaire à l'exécution du service public. Pourtant, la frontière entre les deux n'est pas hermétique. Si l'on opère une lecture en termes de champ public, il est possible de trouver une unité conceptuelle aux contrats de la commande publique : ce sont les contrats par lesquelles l'Administration *lato sensu* (c'est-à-dire comprenant des personnes privées) se fournit en travaux, fourniture, service. Or, ces besoins ne sont jamais étrangers à l'exercice du service public. Les biens obtenus peuvent d'abord être nécessaires à l'exécution du service public, Ensuite, comme les règles de la commande publique amènent normalement à obtenir le meilleur rapport qualité/prix, le pouvoir d'achat de l'Administration est accrue. Enfin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire entrer des considérations écologiques et sociales dans le choix des offres, ce qui constitue une manière détournée de satisfaire l'intérêt général. En appréhendant ces contrats sous l'angle du contrôle public, l'application sélective du droit administratif devient plus difficile à comprendre. Qu'ils soient

formellement publics ou privés, les organismes de droit public, lorsqu'ils passent des contrats de la commande publique, remplissent les mêmes fonctions. Il peut alors sembler légitime que leurs contrats, une fois conclus, bénéficient du même régime administratif. Ce n'est pas l'état actuel du droit.

On pourrait être tenté de se dire que ce décalage n'est pas très important. Ou, à défaut, qu'il serait simplement possible de créer un bloc de compétence au profit du juge administratif, sans aligner le critère organique du droit général des contrats administratifs sur celui du droit de la commande publique. Ce serait sans doute oublier l'importance des marchés publics et des concessions pour le droit administratif. Pour certains auteurs, la commande publique constitue la base de la classification des contrats administratifs. Ainsi, dans l'ouvrage du professeur Hœpffner, trois catégories de contrats administratifs sont distinguées : « les contrats de la commande publique », « les contrats à la marge de la commande publique » et « les contrats et conventions exclus de la commande publique »²⁹². De plus, ces contrats sont très importants, de par leur nombre et leur impact économique.

Dès 2002, le professeur Lichère, constatant que certaines personnes privées, en vertu du droit de l'Union, sont amenées à passer des marchés publics, estime qu'« il serait cohérent que le contentieux des contrats soumis à une procédure publique de mise en concurrence relève du même juge que celui des contrats de même type mais passés par des personnes publiques »²⁹³. Dans le même esprit, Paul-Maxence Murgue-Varochier, propose de modifier le critère organique du droit des contrats administratifs sur le modèle de la définition des pouvoirs adjudicateurs, mobilisant, entre autres, l'argument d'une unité retrouvée des contrats de la commande publique²⁹⁴. Ainsi, cette volonté de remodeler le champ d'application du droit des contrats administratifs semble reposer sur cette idée que les contrats des pouvoirs adjudicateurs « privés » ne participent pas moins à l'activité administrative que ceux des pouvoirs adjudicateurs « publics ».

B. L'émergence des contrats publics passés par les pouvoirs adjudicateurs

Le critère organique du contrat administratif est aussi remis en cause par l'émergence d'un droit des contrats publics applicable aux pouvoirs adjudicateurs, et donc, par l'entremise de la notion d'organisme de droit public, à des personnes privées sous contrôle public. On pourrait dire des contrats administratifs qu'ils sont simplement la manifestation, dans le contentieux contractuel, de la dualité de juridiction. Ils forment une synthèse du régime général des obligations et du caractère dérogatoire et spécial du droit administratif. Mais avec l'émergence d'un droit des contrats publics, l'opposition contrats publics/ contrats privés tend à gagner du terrain face à l'opposition contrats administratifs/

292 Hœpffner (H.), *op. cit.*, p. 147 et s.

293 Lichère (F.), « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFD*, 2002, p. 348.

294 Murgue-Varochier (P.-M.), *op. cit.*, p. 715.

contrats privés. Pour certains auteurs, l'affirmation de ce droit des contrats publics, dont les sujets sont les pouvoirs adjudicateurs, amène une remise en cause des contrats administratifs. Ces positions semblent être fondées sur la conviction que les contrats administratifs perdent en particularité ce que les contrats publics gagnent en spécificité. La question est alors celle de l'articulation entre contrats administratifs et contrats publics. Il semble que pour le droit de l'Union européenne, la catégorie des contrats publics correspondent aux contrats de l'Administration ; l'Administration étant appréhendée en droit de l'Union par le prisme du contrôle public. En comparaison, le critère organique des contrats administratifs apparaît réducteur, d'autant plus si l'on considère qu'une partie de la spécificité de ces contrats ne vient plus de leur caractère administratif, mais de leur qualification de contrats publics. Face à cette nouvelle approche en termes de champ public venue du droit européen, ou, pour le dire autrement, de l'avènement des pouvoirs adjudicateurs comme sujets d'un droit des contrats dérogatoires, une partie de la doctrine attaque frontalement le critère organique national.

Certains auteurs estiment qu'il conviendrait d'aligner les critères organiques des droits des contrats publics et administratifs. Ainsi, le professeur Lichère propose « d'étendre le critère organique du contrat administratif aux personnes privées sous influence », afin d'« [harmoniser] la jurisprudence sur l'évolution du droit des contrats publics »²⁹⁵. Pour d'autres auteurs, il conviendrait même de supprimer le critère organique des contrats administratifs, et, à termes, de fusionner les notions de contrat administratif et de contrat public. Par exemple, pour le professeur Ritleng, il est « légitime de se demander si, pour restaurer la liaison partiellement mise à mal entre nature juridique du contrat et droit applicable, le Conseil d'État ne devrait pas être amené à terme (...) à abandonner l'élément organique du contrat administratif et à aligner cette notion sur celle de contrat public »²⁹⁶. Pour Mathias Amilhat, le droit des contrats publics aboutira à la disparition pure et simple du droit des contrats administratifs²⁹⁷.

L'exemple de la remise en cause du critère organique des contrats administratifs peut sembler relativement éloigné des considérations relatives à la notion d'organisme de droit public. Pourtant, le contrôle public porté par cette notion offre une relecture intéressante de ces problématiques. C'est bien la faculté de la notion d'organisme de droit public de désigner indistinctement des personnes publiques ou des personnes privées qui permet au droit de l'Union de passer outre les catégories organiques nationales. Cette notion semble vouée à occuper une place centrale dans les réflexions sur l'avenir du critère organique en droit administratif. Comme nous allons le voir, elle est d'ailleurs déjà sollicitée pour faire évoluer les contours de la personnalité publique.

295 LICHÈRE (F.), « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *op. cit.*, p. 348.

296 RITLENG (D.), « L'influence du droit communautaire sur les catégories organiques du droit administratif », *op. cit.*, p. 869.

297 AMILHAT (M.), *op. cit.*, p. 577.

Chapitre 2 : Une notion sollicitée pour l'évolution du critère organique en droit administratif

Ces dernières années, la notion d'organisme de droit public semble avoir fait ses premiers pas hors de son milieu naturel. De façon très marginale, mais remarquable, elle a pu être mise à contribution dans une tentative de redéfinition de la catégorie des personnes publiques (Section 1). Si cette proposition insolite présente des avantages, il nous semble pourtant que les inconvénients qui découleraient de sa mise en pratique sont trop importants pour que nous la soutenions (Section 2).

Section 1 : Une notion sollicitée pour redéfinir la catégorie des personnes publiques

La spécificité de la notion d'organisme de droit public l'amène à être utilisée comme moyen de redéfinition de la personnalité publique. Toutefois, cette mise à contribution n'est claire ni dans ses modalités (I) ni dans la potentialité de sa réalisation (II).

I. Une sollicitation ambiguë

L'intérêt de la notion d'organisme de droit public dans une entreprise de redéfinition de la personnalité publique peut revêtir plusieurs significations. S'il existe une sollicitation explicite en doctrine (A), l'avis du Conseil d'État du 22 mai 2019 nous invite à examiner une éventuelle pénétration de la notion dans la jurisprudence interne (B).

A. Une sollicitation doctrinale catégorique

Prenant acte de la faiblesse de la notion de personne morale de droit public, tant dans l'application du droit administratif que dans l'appréhension du droit européen, certains auteurs estiment qu'il conviendrait d'envisager son évolution. Selon le professeur Lichère, « la catégorie du pouvoir adjudicateur questionne le maintien de la définition actuelle des personnes publiques »²⁹⁸. Encore faut-il pouvoir identifier cette « définition actuelle des personnes publiques ». Trouver une telle définition se révèle difficile parce qu'en réalité, les personnes publiques sont loin de former un ensemble homogène, il s'agit plutôt d'une catégorie de personnes : celles qui sont dotées d'une personnalité morale dite publique (étant entendu que cette personnalité publique ne se manifeste pas toujours de la même façon selon la personne considérée). Parmi les personnes morales dotées de la personnalité publique, on distingue l'État, les collectivités territoriales et les personnes publiques spécialisées, cette dernière appellation recouvrant les établissements publics ainsi qu'un ensemble de personnes publiques

298 LICHÈRE (F.), *Droit des contrats publics*, coll. « Mémentos », Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, p. 20.

« innomées »²⁹⁹. Pour le professeur Lichère, cette définition, qui s'apparente plutôt à une liste, devrait aujourd'hui être modifiée. Selon lui, « la lisibilité du droit gagnerait à ce que la catégorie des personnes publiques s'aligne sur celle de pouvoir adjudicateur »³⁰⁰. Cette affirmation, lourde de conséquences, est doublement catégorique, puisqu'elle présente un caractère absolu (1) et parce qu'elle remet en cause les catégories existantes (2).

1. Une affirmation absolue. La formule du professeur Lichère peut être dite absolue parce qu'elle est illimitée. Il faut comprendre par là qu'elle se borne à proposer le remplacement d'une catégorie par une autre, et que cette injonction s'adresse tant aux juridictions qu'au législateur maîtrisant la qualification de personne morale de droit public. Si nous analysons sa proposition, il apparaît que la notion d'organisme de droit public constitue le cœur de l'évolution envisagée. En effet, au sein des deux catégories, l'État et les collectivités territoriales sont des invariants. Aussi, l'alignement voulu réside essentiellement dans le remplacement de la catégorie des personnes publiques spécialisées par celles des organismes de droit public. La faculté de la notion d'organisme de droit public de désigner indistinctement personnes publiques et personnes privées est ici mobilisée par l'auteur pour déplacer la ligne de démarcation entre les deux. Il s'agit essentiellement de reconstruire la notion de personne publique à partir du contrôle public.

2. Une redéfinition des catégories. Dans la suite logique de ce que nous venons d'énoncer, le point central de la redéfinition des catégories est évidemment le remplacement des personnes publiques spécialisées par les organismes de droit public. Alors que la première catégorie apparaît aujourd'hui très hétérogène³⁰¹, la deuxième se présente comme unifiée sous l'angle du contrôle public. Deux questions de classifications s'ensuivent. Que faire de la catégorie phare des établissements publics ? Certains EPIC risquent de ne pouvoir être qualifiés d'organismes de droit public en l'absence d'une dimension matérielle dans le contrôle dont ils font l'objet. Dans ce cas, le régime général de l'établissement public ne comprendrait même plus la personnalité publique, et serait sans doute amené à disparaître. Ensuite, ce qui fait la grande diversité des personnes publiques spécialisées, c'est la propension du législateur à créer des personnes publiques particulières, au grès des besoins en faisant fi des classifications pré-établies. En admettant de substituer la catégorie des organismes de droit public, fondée sur des critères précis, à celle de personnes publiques spécialisées, comment contraindre le législateur à ne pas qualifier de « publique » une personne nouvellement créée qui ne respecterait pas les critères ? Un tel

299 RICHER (L.), « Les personnes publiques innomées », *op. cit.*, p. 133.

300 LICHÈRE (F.), *op. cit.*, p. 20.

301 Pour le professeur Richer, « il apparaît que les “critères” de la personnalité publique *sui generis* ne peuvent être dégagés avec netteté ; il n'existe pas de traits communs très marqués entre les personnes que nous avons rencontrées », RICHER (L.), « Les personnes publiques innomées », *op. cit.*, p. 141.

bouleversement ne serait donc possible que par une intervention législative.

B. Une sollicitation jurisprudentielle équivoque : l'avis du 22 mai 2019

Le recours à la notion d'organisme de droit public pour tracer les contours de la personnalité publique ne s'arrête pas à la doctrine. À la question qui lui était posée de savoir si le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions (FGTI) était une personne morale de droit privée, le Conseil d'État a répondu dans un avis du 22 mai 2019 qu'il s'agissait « d'un organisme de droit public »³⁰². Cette utilisation de l'expression « organisme de droit public » en lieu et place de « personne publique » peut sembler énigmatique (1). Pour mesurer si la notion d'origine européenne a eu une influence sur le sens de la décision, il faut regarder si le Conseil d'État en a vérifié les critères (2).

1. L'utilisation « d'organisme de droit public » comme synonyme de « personne morale de droit public ». Les faits de l'espèce montrent que l'expression « organisme de droit public » ne peut être comprise dans cette décision que comme un substitut à l'expression « personne morale de droit public ». Dans son commentaire sur cet avis, Thibaut Leuleu nous apprend que cette affaire concerne un viol par un mineur placé auprès du service d'aide sociale à l'enfance. Le FGTI verse une somme à la victime et se subroge dans ces droits pour demander au département l'indemnisation³⁰³. Essuyant un refus, le FGTI saisit le tribunal administratif de Lyon, devant lequel le département invoque l'irrecevabilité de la requête parce qu'elle aurait été introduite par le directeur général du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages (FGAO). Toujours selon Thibaut Leuleu, le tribunal sollicite l'avis du Conseil d'État sur la nature juridique du fonds afin de déterminer l'amplitude du contrôle de l'habilitation. Si le FGTI une personne publique, il faut contrôler la régularité de l'habilitation pour agir en justice du directeur, alors que si c'est une personne privée, il faudra simplement vérifier la réalité de cette habilitation, sans en contrôler la régularité³⁰⁴. Aussi, cette question n'a absolument rien à voir avec la commande publique, elle vise simplement à déterminer si l'organisme a une personnalité publique ou privée.

Dès lors, on peut s'étonner de cette volonté de parler d' « organisme de droit public » et pas de « personne morale de droit public ». L'expression est déjà présente dans les conclusions du rapporteur public Gilles Pelissier sur cette affaire lorsqu'il indique que « trois arguments principaux peuvent être

302 CE, avis, 22 mai 2019, *Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions*, n°427786, concl. Pelissier.

303 LEULEU (T.), « Le FGTI est un “organisme de droit public” ! Ça change tout ? », *Gazette du Palais*, n°23, 25 juin 2019, p. 22.

304 *Ibid.*

avancés à l'appui d'une qualification d'organisme de droit public »³⁰⁵. À la lecture de ses conclusions, il apparaît qu'un vocabulaire d'un genre nouveau pénètre le phrasé du juge administratif. Selon le rapporteur public, les travaux préparatoires de la loi de 1986 révèlent l'intention du législateur « de placer [le FGTI] hors de la sphère publique »³⁰⁶. Il s'agit d'une vision très étroite de la « sphère publique » qui détonne avec la dynamique actuelle consistant à utiliser ce terme pour désigner tant des personnes publiques que des personnes privées sous contrôle public. Pris dans une acception large, il ne fait pas de doute que le FGTI appartient à la sphère publique, au champ public. Son mode de fonctionnement, sa proximité organique avec l'État et ses missions d'intérêt général l'arrachent au monde des particuliers : le fonds est la personnification de la solidarité nationale en matière de mutualisation des risques d'infractions. Même si le législateur a souhaité qu'il bénéficie d'une certaine souplesse de gestion (certainement pour permettre une indemnisation rapide des victimes), ce n'en est pas moins l'État qui, par l'intermédiaire du fonds, organise l'indemnisation. Nous sommes alors tentés de dire que l'utilisation malvenue du terme « organisme de droit public », dans les conclusions comme dans l'avis, est simplement le témoin d'une nouvelle expression perçue comme synonyme de personne publique. Dès 2011, le Conseil d'État estime dans un arrêt *Syndicat national des dépositaires de presse* que le Conseil supérieur des messageries de presse « ne constitue pas un organisme de droit public »³⁰⁷. Ce constat renforce notre conviction déjà exprimée selon laquelle les autorités françaises ont été bien avisées de ne pas transposer le terme « organismes de droit public » dans les différents textes relatifs à la commande publique³⁰⁸. Néanmoins, il faut tout de même vérifier l'existence ou la non-existence d'une influence des critères de l'organisme de droit public dans l'identification de la personnalité publique.

2. Une utilisation des critères de la notion d'organisme de droit public ? Les hypothèses où il appartient au juge de se prononcer sur la qualité de personne publique ou privée sont rares. En principe, c'est au législateur qu'il appartient de déterminer cette qualité lorsqu'il crée une catégorie de personnes morales (catégorie qui peut ne contenir qu'un seul exemplaire, comme c'est le cas avec le FGTI). Le rapporteur public Gilles Pellissier indique qu'il appartient au Conseil d'État, en l'absence de précision du législateur sur la nature juridique du fonds, « de la déterminer à partir d'un faisceau d'indices tirés ses missions, de ses pouvoirs, de son organisation, de l'origine de ses ressources, des conditions de sa création et des intentions qui y ont présidé ainsi que plus généralement, (...) de l'opportunité de la soumettre à un régime juridique plutôt qu'à un autre »³⁰⁹. Nous pouvons déjà nous

305 Concl. PELISSIER sur CE, avis, 22 mai 2019, *Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions*, n°427786, p. 1, https://www.conseil-etat.fr/fr/arianeweb/CRP/conclusion/2019-05-22/427786?download_pdf.

306 *Ibid.*, p. 4.

307 CE, 23 décembre 2011, *Syndicat national des dépositaires de presse*, n°338389, concl. Aladjidi.

308 *Cf. Supra* Partie 1, Chapitre 2, Section 2, II, A.

309 Concl. PELISSIER sur CE, avis, 22 mai 2019, *Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions*, n°427786, p. 2.

interroger sur la méthode du faisceau d'indices : qu'est-ce que ces indices sont supposés révéler ? On serait tenter de répondre qu'ils révèlent la nature publique de l'entité, mais, comme « la personnalité publique ne présente pas d'homogénéité »³¹⁰, et qu'il n'existe pas selon nous « d'essence publique », nous voyons mal comment celle-ci pourrait être découverte à partir d'indices. Comme ils interviennent en cas d'imprécision du législateur, il nous semble que ces indices doivent plutôt permettre de révéler son intention, si tenté que le législateur ait eu une quelconque intention à cet endroit. De plus, le Conseil d'État doit être sensible à des conditions d'opportunité, qui peuvent potentiellement entrer en conflit avec la volonté présumée du législateur. Cette affaire semble illustrer cette tension puisque, malgré les conclusions du rapporteur public démontrant que l'intention du législateur est de créer une structure régie par le droit privé afin de permettre une réparation intégrale et rapide des préjudices des victimes, le Conseil aboutit à la conclusion que le fonds est un organisme de droit public sur la seule base de cinq éléments. Le Conseil prend en compte la création législative de l'organisme, son activité, le fait que ses ressources proviennent de l'imposition, que l'ensemble des membres de son conseil d'administration soient nommés par l'État et que sa gestion soit soumise au contrôle d'un commissaire du Gouvernement. La similitude des indices retenus avec les critères de la notion communautaire d'organisme de droit public est assez troublante. Indéniablement, son activité vise à répondre à « des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ». De plus, chacun des trois sous-critères alternatifs est vérifié : le financement majoritaire par l'État, la composition de l'organe de direction et la soumission de la gestion à un contrôle. Ce qui étonne également, c'est le caractère apparemment objectif de la solution retenue par le Conseil d'État. Celle-ci semble moins se fonder sur la recherche de la volonté du législateur de faire du FGTI une personne publique que sur la volonté d'en faire une personne sous contrôle public. De là à affirmer que le Conseil d'État a utilisé les critères de la notion d'organisme de droit public pour déterminer la nature du fonds, il n'y a qu'un pas que nous ne franchirons pas. Les indices classiquement utilisés, et rappelés par le rapporteur public, sont très proches des critères de l'organisme de droit public. Il se peut donc qu'il s'agisse d'un simple hasard. Sans fermer la porte à une possible influence de la notion d'organisme de droit public sur l'identification des personnes publiques, il faudra d'autres décisions, et peut-être des conclusions explicites, pour infirmer ou confirmer cette hypothèse.

II. Des implications incertaines

Envisagée *in abstracto*, l'hypothèse d'une redéfinition de la personnalité publique entraîne d'importantes modifications de l'état du droit (A). Néanmoins, si les implications sont fortes en théories, elles cèdent face aux difficultés pratiques liées à la mise en œuvre d'une telle redéfinition (B).

310 PONTIER (J.-M.), « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFD-A*, 2007, n°5, p. 979.

A. Une proposition théoriquement importante

Substituer la notion d'organisme de droit public à celle de personne publique spécialisée entraînerait des conséquences évidemment très importantes. D'abord, il s'en suivrait une redéfinition du champ d'application du droit administratif. Comme l'indique le professeur Plessix, « la jurisprudence administrative subordonne la définition d'un certain nombre de notions fondamentales du droit administratif (agent public, contrat administratif, propriété publique, domaine public) à la nécessaire présence d'une personne morale de droit public »³¹¹. C'est d'ailleurs, il nous semble, l'effet recherché par le professeur Lichère lorsqu'il préconise cette évolution. De plus, cela reviendrait à étendre à certaines personnes actuellement privées (et à retirer à d'autres actuellement publiques) les privilèges attachés à la personnalité publique, comme l'insaisissabilité du patrimoine, « la possibilité d'échapper aux voies d'exécution du droit privé » ou encore « la prescription quadriennale »³¹².

Une autre conséquence reviendrait à porter un coup fatal à la formule de l'EPIC. Un certain nombre d'entre eux ne remplit pas les critères de la notion d'organisme de droit public, et perdraient ainsi leur personnalité morale de droit public. Toutefois, comme la qualification d'organisme de droit public est dépendante d'une action dans des conditions différentes de celles du marché, certains EPIC, notamment au niveau local, risqueraient de conserver la personnalité publique. La catégorie perdrait ainsi une grande partie de son unité. Toutefois, on peut noter qu'un tel changement réglerait en partie les difficultés des EPIC qui exercent leurs activités sur le marché concurrentiel. De manière générale, il est admis que la personnalité publique leur confère des avantages concurrentiels par rapport aux personnes privées³¹³. Sans ces avantages, l'Union européenne n'aurait de raison faire pression pour les éloigner du marché. Quant aux EPIC nationaux ou locaux qui exercent leurs activités de façon monopolistique, ou, sur le marché dans des conditions avantageuses (ou au contraire défavorables), ils pourraient conserver la personnalité publique et partant leur qualification d'établissement public.

Surtout, cette modification entraînerait un bouleversement majeur dans la signification de la personnalité publique. Les notions de personne publique et d'organisme de droit public repose sur des logiques fondamentalement différentes. Comme nous l'avons dit à plusieurs reprises, la notion d'organisme de droit public repose sur un contrôle public d'une double nature, organique et matérielle. Dans sa dimension matérielle, l'organisme doit répondre à « des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ». L'appréciation du contrôle public a pour unité de base le besoin à satisfaire. En droit national, la distinction entre intérêt général et intérêt particulier (ou

311 PLESSIX (B.), *op. cit.*, p. 326.

312 VAN LANG (A.), « La distinction personne morale de droit privé – personne morale de droit public » in Association Henri Capitant, *La personnalité morale*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2010, p. 7.

313 LEMAIRE (C.), « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *CJEG*, n°613, octobre 2004, p. 404.

collectif) est en principe déterminante dans la reconnaissance de la personnalité publique³¹⁴. Pour la notion d'organisme de droit public en revanche, il s'agit d'un préalable. Ce qui est déterminant, c'est la distinction au sein des besoins d'intérêt général entre ceux qui sont satisfaits par le marché et ceux qui ne le sont pas. L'organisme de droit public est bien sous contrôle public parce qu'il répond à ces besoins qui ne sont pas, ou qui sont mal satisfaits par les opérateurs agissant selon une logique économique concurrentielle. Il apparaît alors nettement que c'est le fonctionnement du marché qui révèle, en négatif, la dimension « publique » de l'organisme. La notion d'organisme de droit public revêt donc un aspect relativement objectif, lié à un état du marché sur lequel l'Administration peut influencer. En réalité, la grande différence entre la qualification de personne publique et celle d'organisme de droit public tient dans le caractère choisi de la première et le caractère subi de la seconde. La qualification de personne publique, particulièrement en ce qui concerne les personnes publiques spécialisées, est la manifestation d'un choix de l'État législateur. La façon dont le Conseil d'État tient compte de la volonté manifestée dans l'acte législatif de création en est symptomatique. Au contraire, la notion d'organisme de droit public est subie, fondée sur des critères précis qui ne laissent pas de place à des considérations d'opportunité. Cette notion est façonnée pour s'imposer à l'État propriétaire, afin qu'il n'utilise pas son patrimoine ou le patrimoine des personnes qu'il contrôle pour troubler la concurrence sur le marché. Au fond, le changement de paradigme prôné par le professeur Lichère revient à faire reculer l'octroi de la personnalité publique en fonction de la libéralisation de certaines activités, libéralisation qui n'est plus nécessairement du ressort des autorités nationales.

B. Une proposition difficile à mettre en œuvre en pratique

Si cette proposition s'apparente à une révolution copernicienne en droit administratif, nous pouvons toutefois afficher un certain scepticisme sur sa mise en œuvre pratique. Certes, pour l'État et les collectivités territoriales, il n'y aurait pas de difficultés. En revanche, pour les personnes publiques spécialisées, l'importance du législateur est un obstacle difficile à surmonter. Pour faire correspondre la catégorie des organismes de droit public et des personnes publiques spécialisées, il faudrait remettre en cause l'ensemble des qualifications législatives et jurisprudentielles déjà établies. Il faudrait aussi que les législations successives acceptent soit de renoncer à préciser la nature des catégories d'entités créées par la loi, soit de ne qualifier de personnes morales de droit public que celles qui répondent aux critères de l'organisme de droit public.

314 La reconnaissance de la personnalité publique aux associations syndicales de propriétaires attirera d'ailleurs au Conseil d'État l'ire de Maurice Hauriou pour qui « ce qui est grave, c'est d'incorporer à l'Administration de l'État des entreprises qui ne sont pas d'intérêt public, mais seulement d'intérêt collectif », cf. « Caractère d'établissement public des Associations syndicales de propriétaires, Note sous Tribunal des conflits, 9 décembre 1899, Association syndicale du Canal de Gignac », *Revue générale du droit on line*, 2013, n°11062, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=11062.

Envisager que la notion d'organisme de droit public puisse servir d'inspiration dans la détermination de la nature d'une entité lorsque le législateur reste silencieux paraît plus réaliste. Cela reviendrait à poser un principe selon lequel la qualification d'organisme de droit public entraîne celle de personne publique, sauf disposition législative contraire. Mais cela nécessite une volonté de la part du Conseil d'État, de la Cour de cassation et du Tribunal des conflits de ne plus procéder à une qualification en vertu de considérations d'opportunité. Il faudrait admettre le passage d'une qualification subjective à une qualification objective. Mais, même dans cette optique, les définitions des pouvoirs adjudicateurs et des personnes publiques ne tendraient pas nécessairement à se rapprocher parce que les qualifications judiciaires restent très marginales. Quoi qu'il en soit, nous voudrions montrer que même si cette proposition pouvait être mise en œuvre, elle présenterait trop de désavantages pour être souhaitable.

Section 2 : Une notion inapte à redéfinir la catégorie des personnes publiques

Si le recours à la notion d'organisme de droit public pour redéfinir la catégorie des personnes publiques est tentant, c'est parce qu'une telle solution présente un certain nombre d'avantages (I). Néanmoins, elle présente selon nous d'insurmontables faiblesses qui s'opposent à ce que la notion d'organisme de droit public soit amenée à jouer un rôle aussi important (II).

I. Des avantages incontestables

Sous certains aspects, l'utilisation de la notion d'organisme de droit public pour redéfinir les contours de la personnalité publique pourrait se révéler bénéfique. Elle donnerait au juge une méthode plus sûre d'identification des personnes morales de droit public (A) et une vision selon nous plus juste de l'Administration publique (B).

A. Une identification facilitée des personnes publiques

D'un point de vue purement pragmatique, une notion précise d'organisme de droit public est plus facile à solliciter qu'une notion vague de personne morale de droit public. Comme nous l'avons rappelé, lorsqu'il s'agit de déterminer si une entité est une personne publique, le juge recourt à la technique du faisceau d'indices. Mais, comme le fait justement remarquer le professeur Van Lang, « le maniement de ces indices s'avère parfois délicat »³¹⁵. Elle note par exemple que depuis l'arrêt *Caisse primaire aide et protection*, certains organismes privés créés par l'État peuvent prendre en charge un service public. Or, s'« ils réunissent toutes les caractéristiques de l'établissement public (...), ils n'en sont pas

315 VAN LANG (A.), « La distinction personne morale de droit privé – personne morale de droit public », p. 7.

moins de nature privée, démontrant par là les insuffisances de la méthode du faisceau d'indices »³¹⁶. De même, en ce qui concerne la distinction entre personnes publiques et privées, le professeur Mathey note que « malgré le nombre et la qualité des propositions, la recherche d'un critère fiable et unique de distinction s'est avérée vaine »³¹⁷.

Il nous semble que la faculté du législateur de qualifier de personne publique ou privée n'importe quelle personne morale rend de toute façon impossible la recherche de critères généraux d'identification des personnes publiques spécialisées. Sauf à admettre de laisser le droit de l'Union européenne définir les personnes publiques françaises, le recours à la notion d'organisme de droit public n'est pas non plus de nature à empêcher que le législateur qualifie artificiellement une personne de « publique » ou de « privée ». Il semble ainsi plus judicieux de s'en tenir aux hypothèses dans lesquelles le juge est amené à apprécier la nature publique ou privée d'une personne. De ce point de vue, calquer la définition des personnes publiques spécialisées sur celle des organismes de droit public présenterait un progrès dans la prévisibilité des solutions retenues par le juge. La méthode de l'identification par faisceau d'indices est loin d'être fiable et permet surtout au juge de conserver une importante marge de manœuvre. Celle-ci ne le lie presque en rien puisqu'il pondère les indices à sa convenance, selon des considérations d'opportunités. En revanche, l'utilisation de critères est plus transparente puisque, s'ils sont remplis, la qualification est automatiquement acquise. Dans une large mesure, cela reviendrait à soustraire à l'autorité du juge la maîtrise de la qualification en cas de défaillance du législateur.

En somme, il s'agirait d'aller chercher à travers la notion d'organisme de droit public l'approche « fonctionnelle » caractéristique du droit de l'Union européenne. La catégorie des personnes publiques en droit français apparaît comme « anisotrope »³¹⁸ parce que, même en mettant de côté l'État et les collectivités territoriales, c'est l'opportunité, et donc la subjectivité, qui fonde l'appartenance à la catégorie. C'est exactement l'inverse de la catégorie des organismes de droit public dont l'élaboration avait pour objectif de passer outre le statut conféré aux entités par le droit national afin de permettre une application uniforme du droit de l'Union. En réalité, les critères de l'organisme de droit public dépendent bien de la volonté de l'État puisqu'en définitive, c'est lui qui décide d'étendre son contrôle à un organisme. En revanche, contrairement à la situation des personnes publiques, s'il contrôle le régime des organismes, il n'en contrôle pas la qualification. Celle-ci est déduite objectivement du contrôle auquel l'entité est soumise. Aussi, la reprise des critères de l'organisme de droit public pour identifier les

316 *Ibid.*, p. 8.

317 MATHEY (N.), « Personne publique et personne privée » in AFDA, *La personnalité publique*, coll. « Colloques & Débats », Lexis Nexis, 2007, p. 71.

318 PONTIER (J.-M.), « La personnalité publique, notion anisotrope », *op. cit.*, p. 979.

personnes publiques permettrait une qualification plus sûre, notamment par les juges de première instance et d'appel.

B. Une approche de l'Administration plus réaliste

Même en l'absence de définition juridique précise, les auteurs s'accordent généralement sur l'idée que les définitions de l'Administration-organisation et de l'administration-activité ne coïncident plus. Selon eux, ce décalage s'explique par le fait qu'il est assez largement admis que la personnalité publique est une condition *sine qua non* de l'appartenance à l'Administration publique³¹⁹. Pourtant, comme l'indique le professeur Guglielmi « les tentatives de définition qui font de l'Administration la somme des personnes publiques se heurtent à l'objection selon laquelle certaines parties de ces personnes (...) ne sont pas intégrables à l'Administration publique »³²⁰. Effectivement, dans son acception actuelle, la personnalité publique ne permet pas de saisir la complexité des activités administratives. En faire bouger les lignes peut être un bon moyen de restaurer le lien entre la personnalité publique et l'exercice d'une activité administrative. Cela permettrait ainsi de redonner plus de consistance théorique à l'Administration publique.

Aujourd'hui, la notion d'organisme de droit public peut paraître plus apte à décrire l'Administration que la notion de personne publique. Nous pouvons l'expliquer par le caractère objectif de la notion, visant à appliquer la réglementation européenne à l'État même lorsque celui-ci se cache derrière une personne privée pour agir. Ainsi, la qualification d'organisme de droit public est applicable à toutes les entités privées gravitant autour de l'État ou des collectivités territoriales, qui, malgré leur statut privé, ne sont pas des particuliers. Dans un schéma simpliste, il y aurait les personnes publiques poursuivant l'intérêt général d'un côté et les personnes privées poursuivant leur intérêt particulier de l'autre. Mais, depuis longtemps déjà, il est admis que des personnes privées peuvent participer à la satisfaction de l'intérêt général³²¹. Pour le professeur Mathey, la distinction est plus subtile : « Les personnes morales de droit privé, même lorsqu'elles ont une activité d'intérêt général, restent à finalité privée »³²². En d'autres termes, elles font le choix de concourir à l'intérêt général, elles n'y sont pas obligées. Mais, comment expliquer alors la situation de ces organismes de droit public formellement privés qui sont pourtant bien « créés spécifiquement pour répondre à des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial ». L'atout de la notion d'organisme de droit public est

319 V. CHRÉTIEN (P.), CHIFFLOT (N.), TOURBE (M.), *op. cit.*, p. 9 ; GONOD (P.), *op. cit.*, p. 10.

320 GUGLIELMI (G.), « La portée de la notion d'Administration publique chez les administrativistes du XIX^{ème} siècle » in KOUBI (G.) (dir.), *Doctrines et doctrines en droit public*, PUSS Toulouse Capitole, 1997, p. 65.

321 « Les caisses d'épargne, créées dans un but d'intérêt général et d'utilité publique, sont néanmoins des établissements privés », Cass. Civ. 5 mars 1856, S. 1856.1.517.

322 MATHEY (N.), « Personne publique et personne privée », *op. cit.*, p. 68.

justement de ne pas s'arrêter au constat de la poursuite d'un besoin d'intérêt général, mais de prendre en compte la façon dont ce besoin est satisfait. On perçoit l'idée sous-jacente que les particuliers, comme l'État, peuvent satisfaire des besoins d'intérêt général, mais que ce dernier le fait d'une façon spécifique. Or, comme l'indique le professeur Caillosse : « À quoi tient la singularité de l'univers juridique des bureaucraties publiques sinon au fait qu'il est structuré autour de valeurs propres, irréductibles à celles du marché ? »³²³. La spécificité de l'Administration publique tient ainsi moins dans le statut public de ses composantes que dans son opposition avec le marché concurrentiel. Ainsi, dans l'ensemble des besoins nécessaires, la principale distinction n'est plus entre besoins particuliers et besoins d'intérêt général, mais entre besoins satisfaits par le marché concurrentiel et besoins satisfaits par l'Administration publique.

Dès lors, il ne semble pas y avoir d'opposition théorique à faire des organismes de droit public des personnes publiques, et donc de les rendre plus susceptibles d'être soumis au droit administratif. Toujours selon le professeur Caillosse, il faut se souvenir « qu'à l'origine l'autonomie du droit administratif s'affirme aussi contre la rationalité commerciale »³²⁴. Or, la notion d'organisme de droit public se définit justement à rebours de cette « rationalité commerciale ». Aussi, elle nous paraît tout à fait utile dans une réflexion visant à redéfinir les contours de la personnalité publique et, partant, de l'Administration publique. Pourtant, il nous semble que la notion d'organisme de droit public ne suffise pas, et qu'une redéfinition par ce prisme de la personnalité publique serait source d'insurmontables problèmes, voire, en ce qui concerne l'amélioration du critère organique en droit administratif, un coup d'épée dans l'eau.

II. Des apories insurmontables

Malgré de séduisants avantages, la reconstruction de la catégorie des personnes publiques grâce à la notion d'organisme de droit public n'est pas la solution miracle espérée. Une telle redéfinition présente des failles imputables à la notion elle-même (A), mais aussi aux effets d'une « publicisation » des personnes privées sous contrôle public (B).

A. Les défaillances liées à la notion

Incontestablement, le contrôle public caractéristique de la notion d'organisme de droit public est propice à une réflexion sur l'utilité de conserver la définition actuelle de la catégorie des personnes publiques. Il nous paraît toujours bénéfique d'appréhender certaines notions étrangères à notre droit national dans une démarche comparatiste. En revanche, envisager une incorporation dans le droit

323 CAILLOSSE (J.), *La constitution imaginaire de l'administration*, coll. « Les voies du droit », PUF, 2008, p. 249.

324 *Ibid.*

national peut se révéler périlleux. Si la notion d'organisme de droit public permet de mettre en lumière certaines faiblesses de la définition actuelle des personnes publiques, cela n'en fait pas nécessairement une notion appropriée pour sa refondation. Elle est porteuse de subtilités susceptibles de la rendre impropre à donner une définition idoine des personnes publiques spécialisées.

Tout d'abord, contrairement à la qualification de personne publique, la qualification d'organisme de droit public ne singularise pas un statut. Autrement dit, la notion d'organisme de droit public n'a pas pour objet d'identifier un organisme qui sera toujours « public », mais de soumettre à la commande publique un organisme sous contrôle public à un moment t. Une approche par le statut des entités ne permet pas de tenir compte du fait que l'étendu du contrôle public des autorités nationales évolue constamment, au grès des décisions politiques et du pouvoir de captation de l'État. En raison du caractère objectif des critères de qualification de la notion d'organisme de droit public, celle-ci ne saurait souffrir d'une telle critique, mais elle paie ce réalisme par l'inconvénient majeur d'une instabilité chronique. Aligner la définition des personnes publiques spécialisées sur celle des organismes de droit public reviendrait à admettre que certaines d'entre elles alternent entre personnalité publique et personnalité privée d'une année sur l'autre³²⁵. Cela pourrait s'envisager dans certains domaines, mais dans d'autres, une telle solution est absolument exclue. Comment admettre que les biens de ces organismes puissent passer d'une année sur l'autre du régime de la propriété publique à celui de la propriété privée, et inversement ? L'incertitude qui découlerait de cette situation serait bien plus inquiétante que l'incertitude actuelle qui entoure la méthode employée par le juge administratif pour identifier les personnes publiques.

De plus, le statut n'étant pas nécessairement un élément déterminant dans la qualification d'organisme de droit public, celle-ci élude la moitié des questions. Toute qualification a pour objet d'entraîner l'application d'un régime juridique. Le régime attaché à la qualification d'organisme de droit public est entièrement tourné vers leur action (et plus précisément leurs contrats). À l'inverse, la notion de personne publique renvoie non seulement à des activités spécifiques, mais aussi à une organisation particulière. L'exemple des EPIC en est symptomatique. Si le contentieux de ses activités relève en principe du juge judiciaire, il en va différemment du contentieux relatif à son organisation interne. Malgré son assimilation, dans une large mesure, à un exploitant privé, l'EPIC n'en demeure pas moins la personnification d'un service public. Son organisation interne (par exemple les statuts applicables à ses agents) s'interprète comme l'organisation d'un service public, et ainsi, « les actes qui s'y rapportent ont toujours un caractère administratif même si le service public est industriel et commercial ; leur

325 Sur la réévaluation annuelle de la qualité d'organisme de droit public, cf. *Supra* Partie 1, Chapitre 1, Section 2, I, A.

contentieux appartient donc à la juridiction administrative »³²⁶. Aussi, si la nature publique des EPIC joue un rôle marginal dans l'attribution du contentieux de ses actes, elle est déterminante dans l'attribution de son contentieux « interne ». Outre ses missions, ce qui caractérise l'Administration publique, c'est aussi une certaine vision de la hiérarchie, de l'organisation, dont la lourdeur est d'ailleurs parfois décriée. Les critères de l'organisme de droit public ne permettent pas du tout de saisir cette dimension. Une telle définition de la catégorie des personnes publiques spécialisées, fondée uniquement sur les missions qu'elles accomplissent, nous semble insuffisante.

B. Les défaillances liées aux effets de la redéfinition

Comme le souligne Laure Marcus en commentant la proposition du professeur Lichère, « les personnes privées sous contrôle public ne sont que partiellement régies par le droit public. Elles continuent d'utiliser très largement les procédés du droit privé »³²⁷. Elle en conclut qu'« il n'est donc pas nécessairement opportun ni justifié de faire de ces personnes privées des personnes publiques »³²⁸. Cette prédominance de l'application du droit privé révèle un choix du pouvoir public ayant créé l'entité. Reprendre la définition des organismes de droit public comme fondement d'une définition des personnes publiques spécialisées symboliserait un double refus. Refus d'abord d'admettre que l'État ou les collectivités puissent souhaiter répondre à certains besoins d'intérêt général par l'intermédiaire de personnes privées sans que cela altère leur nature privée. Refus ensuite d'admettre que l'État ou les collectivités puissent souhaiter exploiter une activité commerciale par l'intermédiaire de personnes publiques, portant une estocade aux structures économiques publiques. Il nous paraît préférable que les autorités publiques, et particulièrement l'État, soient libres d'agir par l'entremise de personnes publiques ou privées selon ce qu'elles jugent le plus opportun. Ainsi, aligner la définition des personnes publiques sur celle des pouvoirs adjudicateurs revient en dernière lecture à limiter le pouvoir de l'État en matière de gestion administrative.

De surcroît, nous avons pu affirmer que l'existence d'un champ public permettait de mettre en lumière l'évanescence des liens entre la personnalité publique et l'application du droit administratif. Il apparaît alors légitime de dénoncer les insuffisances du critère organique. Toutefois, pointer du doigt la définition de la notion de personne publique n'est sans doute pas la bonne méthode. Selon le professeur Lichère, redéfinir la catégorie des personnes publiques sur le modèle des pouvoirs

326 BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (B.), LONG (M.), WEIL (P.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, coll. « Grands arrêts », Dalloz, 22^{ème} éd., 2019, s.v. « Société commerciale de l'Ouest-Africain », p. 219.

327 MARCUS (L.), *op. cit.*, p. 291.

328 *Ibid.*

adjudicateurs serait bénéfique pour la « lisibilité du droit »³²⁹. Il faut bien avouer que la personnalité publique semble n'offrir qu'un point de repère incertain pour l'application *ratione materiae* du droit administratif. Pourtant, il n'est pas évident que cette « illisibilité » soit imputable à la définition de la catégorie des personnes publiques. L'alignement de la définition des personnes publiques spécialisées sur celle des organismes de droit public permettrait-il de ramener le pluriel des destinataires du droit administratif au singulier d'un sujet unique : la personne publique ? Rien n'est moins sûr. Redéfinir la catégorie des personnes publiques ne permettrait sans doute pas de rendre le droit administratif plus lisible du point de vue de ses destinataires. Les actes des personnes privées hors du champ public participant à la gestion du service public continuerait d'être des actes administratifs, sans qu'aucune spécificité organique ne soit nécessaire. De plus, même au regard du droit de l'Union, cette redéfinition ne présenterait que peu d'intérêts. Comme nous avons pu l'exprimer, le droit européen se fonde essentiellement sur des notions sectorielles, qui n'ont pas de définition générale valable pour l'ensemble des textes. Sans aucun doute, la notion d'organisme de droit public fait partie de celles-là.

La volonté de redéfinir la personnalité publique ne doit pas occulter le fait qu'il ne sera certainement jamais possible de trouver un critère organique *du* droit administratif, qu'il faudra se contenter d'un critère organique *en* droit administratif. On peut d'accepter la, relative, mise au ban de l'analyse organique, ou, comme M. Murgue-Varoquier, renoncer à analyser le droit administratif grâce à un seul critère organique³³⁰. Toujours est-il que, dès lors qu'il s'agit de modifier la catégorie des personnes publiques, le recours à la notion d'organisme de droit public est, certes, tentant, mais qu'il doit selon nous être envisagé avec la plus grande prudence. Outre les cas où celle-ci entraîne l'application du droit administratif, la présence d'une personne publique reste un facteur d'exorbitance et conditionne la définition de notions structurantes de l'ordre juridique. L'étendue des conséquences attachées au remplacement de la catégorie des personnes publiques spécialisées par celle des organismes de droit public reste difficilement mesurable. Quant à la question d'une possible influence sur la méthode d'identification des personnes publiques par les juges, l'idée de recourir à cette notion amène quelques réserves. Si l'utilisation de critères objectifs pourrait constituer un progrès, il n'en demeurerait pas moins difficilement conciliable avec la recherche de l'intention du législateur. Sauf à sortir de son rôle, il nous semble que le juge ne saurait faire l'économie d'une telle recherche. Pour toutes ces raisons, il nous semble inopportun de vouloir faire des organismes de droit public les personnes publiques de demain.

329 LICHÈRE (F.), *op. cit.*, p. 20.

330 Celui-ci propose de recourir, selon les cas, à un critère organique *lato sensu* comprenant personnes publiques et privées, ou à un critère organique *stricto sensu* comprenant les personnes publiques. V. MURGUE-VAROQUIER (P.-M.), *op. cit.*

CONCLUSION

Nous avons pu affirmer que l'histoire de la notion d'organisme de droit public semblait être celle du recul de la notion de personne publique. L'étude du droit de la commande publique a pu confirmer en partie ces impressions. Aujourd'hui, la présence d'une personne publique n'est plus le critère organique des contrats de la commande publique. Mais il ne faut pas oublier que ce recul n'a pas été choisi, mais subi. Le droit de l'Union européenne, dans sa quête d'uniformisation, ne s'arrogé pas seulement le droit de passer outre les notions nationales. Plus encore, en imposant, par la notion d'organisme de droit public, la soumission de personnes privées à des règles de procédure et de mise en concurrence, les institutions européennes s'arrogent « le pouvoir de placer là où [elles] l'entendent la frontière entre ce qui est propre à la puissance publique, à l'ordre public, etc... et de la placer ailleurs que là où elle est située par les droits nationaux »³³¹. Par ailleurs, même si elle n'est plus nécessairement déterminante, la personnalité publique n'a pas perdu tout intérêt dans l'application de la commande publique. Si elle n'est plus une condition nécessaire, le Code de la commande public en a fait une condition suffisante. Preuve, s'il en fallait une, que malgré les assauts répétés du droit de l'Union et de la doctrine, les autorités nationales restent attachées à la spécificité offerte par le statut public des entités. Qu'on y adhère ou qu'on le regrette, on ne peut l'occulter.

L'exemple de la commande publique nous montre comment la prise en compte de notions extérieures au droit national oblige à réagencer le dispositif dogmatique en place. Lorsque celle-ci est imputable au droit de l'Union, sans doute faut-il s'y résoudre. Mais, dès lors que rien ne l'impose, il peut paraître étonnant de vouloir aujourd'hui contraindre le droit administratif à s'adapter à des notions qui lui sont étrangères. Les notions d'organisme de droit public, de contrôle public, de champ public, présentent l'avantage d'offrir un regard neuf. De là à refonder le droit administratif positif autour de ces notions, il y a un pas qu'il n'est peut-être pas nécessaire de franchir. L'argument d'un alignement avec le droit de l'Union doit lui aussi être manié avec prudence. Les notions nationales sont le fruit d'une histoire juridique particulière. Que le droit européen les amène à évoluer est une chose, qu'il en impose l'uniformisation en est une autre. Si le prisme de la notion d'organisme de droit public est intéressant pour l'observation du droit administratif, cette dernière n'en demeure pas moins une notion supranationale dont l'utilité est justement de n'être rattachable à aucune tradition juridique.

331 AUBY (J.-B.), « La distinction du droit public et du droit privé », *op. cit.*, p. 298.

BIBLIOGRAPHIE

I. OUVRAGES

1. Ouvrages généraux

BLUMANN (C), DUBOUIS (L.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, coll. « précis Domat », LGDJ, 8^{ème} éd., 2019, 976 p.

CHRÉTIEN (P.), CHIFFLOT (N.), TOURBE (M.), *Droit administratif*, coll. « Université », Dalloz Sirey, 16^{ème} éd., 2018, 876 p.

DE LAUBADÈRE (A.), *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, Tome 1, LGDJ, 1956, 383 p.

GONOD (P.), *Droit administratif général*, coll. « Mémentos », Dalloz, 2^{ème} éd., 2020, 250 p.

HCEPFFNER (H.), *Droit des contrats administratifs*, coll. « le Cours Dalloz », Dalloz, 2^{ème} éd., 2020, 984 p.

LICHÈRE (F.), *Droit des contrats publics*, coll. « Mémentos », Dalloz, 2^{ème} éd., 2014, 170 p.

NICINSKY (S.), *Droit public des affaires*, coll. « Domat », LGDJ, 4^{ème} éd., 2014, 799 p.

PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, coll. « Manuels », LexisNexis, 2^{ème} éd., 2018, 1648 p.

RICHER (L.), LICHÈRE (F.), *Droit des contrats administratifs*, coll. « Manuel », LGDJ, 11^{ème} éd., 2019, 790 p.

2. Ouvrages spécialisés

BARRAUD (B.), *La recherche juridique – Sciences et pensées du droit*, coll. « Logiques juridiques », L'Harmattan, 2016, 556 p.

CAILLOSSE (J.), *La constitution imaginaire de l'administration*, coll. « Les voies du droit », PUF, 2008, 421 p.

GÉNY (F.), *Science et technique en droit privé positif : nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Tome 1, Sirey, 1913, 212 p.

KELSEN (H.), *Théorie générale du droit et de l'État*, LAROCHE (B.), VALERIE (F.) (trad.), coll. « La pensée juridique », BRUYLANT LGDJ, 1997, 518 p.

LAGUERRE (A.), *Concurrence dans les marchés publics*, coll. « L'administration nouvelle », Berger-Levrault, 1989, 152 p.

LECOURT (D.)(dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, coll. « Quadrige », PUF, 1^{ère} éd., 1999, 1056 p.

MICHOUD (L.), TROTABAS (L.), *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1^{ère} Partie, LGDJ, 1932, 3^{ème} éd., 540 p.

RICHER (L.), *L'Europe des marchés publics*, coll. « Droit des affaires », LGDJ, 2009, 400 p.

3. Dictionnaires et Encyclopédies

CORNU (G.)(dir.), *Vocabulaire juridique*, coll. « Quadrige », PUF, 9^{ème} éd., 2011.

LITTRÉ (É), *Dictionnaire de la langue française par Émile Littré*, Tome III, Librairie Hachette et Cie, 1874.

4. Recueils de textes

BARROT (O.), *Recueil général des lois, décrets, ordonnances, etc.*, Tome VI, Administration nationale des notaires, 1839, n°267.

CARETTE (A.), *Lois annotées ou Lois, Décrets, Ordonnances, Avis du Conseil d'État, etc.*, 2^{ème} série, Pouleur, 1845.

MADIVAL (M.-J.)(dir.), *Archives Parlementaires de 1787 à 1860*, Première série (1787-1799), Tome XXIV, Paris, Librairie administrative P. Dupont, 1886.

MÉNÉMÉNIS (A.), *Code des marchés publics et autres contrats 2009, commenté*, coll. « Codes Dalloz Professionnels », Dalloz, 2^{ème} éd., 2009, 1110 p.

5. Recueils de jurisprudence commentée

BRAIBANT (G.), DELVOLVÉ (P.), GENEVOIS (B.), LONG (M.), WEIL (P.), *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, coll. « Grands arrêts », Dalloz, 22^{ème} éd., 2019.

II. THÈSES

AMILHAT (M.), *L'influence du droit de l'Union Européenne sur la notion de contrat administratif*, Thèse Toulouse I, 2013, 682 p.

KALFLÉCHE (G.), *Des marchés publics à la commande publique : l'évolution du droit des marchés publics*, Thèse Paris II, 2004, 764 p.

MARCUS (L.), *L'unité des contrats publics*, coll. « NBT », Dalloz, 2010, 608 p.

MURGUE-VAROCLIER (P.-M.), *Le critère organique en droit administratif*, Thèse Lyon III, 2017, 861 p.

PREUD'HOMME (L.), *L'articulation des voies de droit dans le contentieux de la commande publique à l'initiative des tiers au contrat*, Thèse Paris I, 2013, 448 p.

SPAGNA (V.), *Il fenomeno degli smembramenti amministrativi. Organismo di diritto pubblico e impresa pubblica: un approccio funzionale*, Tesi di dottorato Università degli studi di Napoli Federico II, 2013, 178 p.

YOLKA (Ph.), *La propriété publique, éléments pour une théorie*, coll. « Bibliothèque de droit public », LGDJ, Tome 191, 1997, 649 p.

ZOLYNSKI (C.), *Méthode de transposition des directives communautaires*, coll. « NBT », Dalloz, 2007, 470 p.

III. ARTICLES DE DOCTRINE

AUBY (J.-B.) :

- « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites » *in Études offertes à Jean-Marie Auby*, Dalloz, 1992, p. 3.
- « La distinction du droit public et du droit privé » *in* AUBY (J.-B.)(dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2010, p. 287.

AZOULAY (L.), « Sur un sens de la distinction public/ privé dans le droit de l'Union européenne », *RTD eur*, 2010, n°4, p. 842.

BELLOUBET (N.), « Service public et droit communautaire », *AJDA*, 1994, p. 270.

BÉNOIT (F.-P.), « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique : Les leçons de la philosophie du droit de Hegel », *in Mélanges Gustave Peiser*, coll. « HC Droit », PUG, 1995, p. 23.

BRÉCHON-MOULÈNES (Ch.), « L'échec des directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976 », *RFDA*, 1988, p. 753.

BREEN (E.) « Entreprises publiques : Définition. Principes. Orientations », *JCl Adm*, Fasc. 158-10, 2013.

BRENET (F.), « Les contrats administratifs » *in* GONOD (P.), MELLERAY (F.), YOLKA (P.)(dir.), *Traité de droit administratif*, Tome 2, coll. « Traité Dalloz », Dalloz, 2011, p. 217.

CATTIER (R.), PROOT (Ph.), « Directives marchés publics et théorie de la contagion », *Lamy – Droit public des affaires*, n°125, 2008, p. 1.

CERUTTI (C.), « Concepto de “organismo de derecho público” en la normativa contractual europea », *Noticias de la Union Europea*, n°329, p. 167.

CHÉROT (J.-Y.), « Les organismes de droit public dans les directives “marchés publics” », *BJCP*, 1999, p. 322.

CHEVALLIER (J.), « La place de l'établissement public en droit administratif français » *in* Publications de la Faculté de Droit et d'Économie d'Amiens, 1972, vol. III, p. 6, <https://www.u-picardie.fr/curapp-revues/root/2/chevallier.pdf>.

DENYS (S.), RIGAUX (A.), « Les contraintes de la transcription en droit français des directives communautaires : le secteur de l'environnement », *Revue Juridique de l'Environnement*, n°3, 1991, p. 269.

DEVÈS (C.), « Sociétés publiques locales (SPL) et sociétés publiques locales d'aménagement », *JCl Adm.*, Fasc. 163, 2019.

ECKERT (G.), « Réflexions sur l'évolution du droit des contrats publics », *RFDA*, 2006, n°2, p. 238.

- FÉRAILLE (D.), « La notion d'organisme de droit public dans la réglementation communautaire des marchés publics » in ECKERT (G.), et al.(dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit français*, 2007, Presses universitaires de Strasbourg, p. 229.
- GAUDEMET (Y.), « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », *RDP*, 2010, n°2, p. 313.
- GUGLIELMI (G.), « La portée de la notion d'Administration publique chez les administrativistes du XIX^{ème} siècle » in KOUBI (G)(dir.), *Doctrines et doctrines en droit public*, PUSS Toulouse Capitole, 1997, p. 65.
- GUIBAL (M.) :
- « À propos d'une incertitude : la notion de personne publique contractante » in *Environnements. Les mots du droit et les incertitudes de la modernité. Mélanges en l'honneur du professeur Jean-Philippe Colson*, PUG, 2004, p. 229.
 - « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *JCP.G*, 1993, n°3667, p. 162.
- HAURIOU (M.), « Caractère d'établissement public des Associations syndicales de propriétaires, Note sous Tribunal des conflits, 9 décembre 1899, Association syndicale du Canal de Gignac », *Revue générale du droit on line*, 2013, n°11062, www.revuegeneraledudroit.eu/?p=11062.
- HOURSON (S.), « Service public exploité par une personne privée, Commentaire sous CE Sect., 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.), requête numéro 264541. », *Revue générale du droit on line*, 2008, n°1872, <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2008/02/09/service-public-exploite-par-une-personne-privee/>.
- LA ROSA (G.), « L'organismo di diritto pubblico. La non industrialità nella giurisprudenza », *Le Istituzioni del Federalismo*, n° 2, 2007, p. 293.
- LEMAIRE (C.), « Les avantages concurrentiels des personnes publiques », *CJEG*, n°613, octobre 2004, p. 404.
- LESMESLE (H.), « Réglementer l'achat public en France (XVIII^{ème} – XIX^{ème} siècle) », *Génèses*, 2010/3, n°80, p. 8.
- LEULEU (T.), « Le FGTI est un “organisme de droit public” ! Ça change tout ? », *Gazette du Palais*, n°23, 25 juin 2019, p. 22.
- LIBERTINI (M.), « Organismo di diritto pubblico, rischio d'impresa e concorrenza: una relazione ancora incerta », *Federalism.it*, 6 agosto 2008.
- LICHÈRE (F.):
- « L'évolution du droit des concessions en droit communautaire », https://www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr/chaire-madp/files/francois_lichere.pdf.
 - « L'évolution du critère organique du contrat administratif », *RFDA*, 2002, n°2, p. 341.
 - « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats publics » in AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.)(dir.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 945.
- MATHEY (N.), « Personne publique et personne privée » in AFDA, *La personnalité publique*, coll. « Colloques & Débats », Lexis Nexis, 2007, p. 63.

NICINSKI (S.), « Personne publique et droit du marché » *in* AFDA, *La personnalité publique*, coll. « Colloques & Débats », Lexis Nexis, 2007, p. 226.

PLESSIX (B.), « Établissements publics. - Notion. Création. Contrôle », *JCl Adm*, Fasc. 135, 2014.

PONTIER (J.-M.), « La personnalité publique, notion anisotrope », *RFDA*, 2007, n°5, p. 979.

RICHER (L.), « Les personnes publiques innomées » *in* AFDA, *La personnalité publique*, coll. « Colloques & Débats », Lexis Nexis, 2007, p. 133.

RITLENG (D.), « L'influence du droit communautaire sur les catégories organiques du droit administratif » *in* AUBY (J.-B.), DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (J.)(dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant, 2007. p. 845.

TERRAL (F.), « L'empreinte culturelle des termes juridiques », *Meta*, Vol. 49, n°4, décembre 2004, p. 878.

UBAUD-BERGERON, « Le champ d'application organique des nouvelles dispositions », *RFDA*, n°2, 2016, p. 218.

VAN LANG (A.), « La distinction personne morale de droit privé – personne morale de droit public » *in* Association Henri Capitant, *La personnalité morale*, coll. « Thèmes et commentaires », Dalloz, 2010, p. 7.

ZIMMER (W.), « Marchés publics », *Répertoire de droit européen*, 2006, n° 20 et s.

IV. CONCLUSIONS

1. Conclusions d'avocats généraux devant la Cour de Justice

ALBER :

- 11 mai 2000 sur CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98.
- 21 mars 2002 sur CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, C-373/00.

DARMON, 4 mai 1988 sur CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, C-31/87.

JACOBS, 21 avril 2005 sur CJCE, 23 mars 2006, *Impresa Portuale di Cagliari*, C-174/03.

LA PERGOLA, 19 février 1998 sur CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, C-360/96.

LÉGER, 16 septembre 1997 sur CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96.

MISCHO, 11 octobre 2000 sur CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, C-237/99.

VAN GERVEN, 8 mai 1990 sur CJCE, 12 juillet 1990, *Foster e.a contre British Gas plc*, C-188/89.

2. Conclusions de rapporteurs publics devant le Conseil d'État

PELISSIER sur CE, avis, 22 mai 2019, *Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions*,

V. JURISPRUDENCES

1. Cour de Justice

CJCE, 1^{er} févr. 1972, *Hagen*, C-49/71, concl. Røemer, *Rec.* I-00023.

CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, C-31/87, concl. Darmon, *Rec.* I-4635.

CJCE, 15 janvier 1998, *Mannesmann*, C-44/96, concl. Léger, *Rec.* I-00073.

CJCE, 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem et Gemeente Rheden contre BFI Holding BV*, C-360/96, concl. La Pergola, *Rec.* I-6821.

CJCE, 3 octobre 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, concl. Alber, *Rec.* I-08035.

CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadres*, C-324/98, concl. Nial Fennelly, *Rec.* I-10745.

CJCE, 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, C-237/99, concl. Mischo, *Rec.* I-00939.

CJCE, 10 mai 2001, *Agorà Srl et Excelsior Snc di Pedrotti Bruna*, aff. jtes., C-223/99 et C-260/99, concl. Alber, *Rec.* I-03605.

CJCE, 15 mai 2002, *Commission contre France*, C-482/99, concl. Jacobs, *Rec.* I-04397.

CJCE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau AG c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, C-470/99, concl. Alber, *Rec.* I-11617.

CJCE, 27 février 2003, *Adolf Truley*, C-373/00, concl. Alber, *Rec.* I-01931.

CJCE, 15 mai 2003, *Commission contre Espagne*, C-214/00, concl. Léger, *Rec.* I-04667.

CJCE, 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy*, C-18/01, concl. Alber, *Rec.* I-05321.

CJCE, 16 octobre 2003, *Commission contre Royaume d'Espagne*, C-283/00, concl. Alber, *Rec.* I-11697.

CJCE, 18 novembre 2004, *Commission contre Allemagne*, C-126/03, concl. Geelhoed, *Rec.* I-11197.

CJCE, 13 janvier 2005, *Commission contre Espagne*, C-84/03, *Rec.* I-00139.

CJCE, 10 avril 2008, *Ing. Aigner*, C-393/06, concl. Damaso Ruiz-Jarabo, *Rec.* I-02339.

CJCE, 11 juin 2009, *Hans & Christophorus Oymanns GbR*, C-300/07, concl. Ján Mazák, *Rec.* I-04779.

CJUE, 12 septembre 2013, *IVD GmbH & Co. KG*, C-526/11, concl. Mengozzi, *Rec. num.*

CJUE, 25 octobre 2015, *Saudaçor*, C-174/14, concl. Niilo Jääskinen, *Rec. num.*

CJUE, 5 octobre 2017, « *LitSpecMet* » UAB contre « *Vilniaus lokomotyvų remonto depas* » UAB, C-567/15,

concl. Manuel Campos Sánchez-Bordona, *Rec. num.*

CJUE, 4 octobre 2018, *Babtiyar Fathi*, C-56/17, concl. Mengozzi, *Rec. num.*

CJUE, 2 avril 2020, *Stirn et Sami*, C-753/18, concl. Spzpunar, *Rec. num.*

2. Conseil d'État

CE, 28 juin 1963, *Sieur Narcy*, n°43834, concl. Kahn, *Rec. p.* 401.

CE, avis, 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisseries de Pantin*, n°246921, concl. Piveteau, *Rec. p.* 297.

CE, 14 juin 2006, *Association syndicale du canal de la Gervonde*, n°294060.

CE, 22 février 2007, *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés*, n°264541, concl. Verot, *Rec. p.* 92.

CE, 5 octobre 2007, *UGC-ciné-cité*, n°298773, concl. Casas.

CE, 23 décembre 2011, *Syndicat national des dépositaires de presse*, n°338389, concl. Aladjidi.

CE, avis, 22 mai 2019, *Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions*, n°427786, concl. Pelissier.

VI. TEXTES ET RAPPORTS OFFICIELS

1. Textes européens

Directive 66/683/CEE de la Commission, du 7 novembre 1966.

Directive 70/32/CEE de la Commission du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public.

Directive 71/305/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

Directive 77/62/CEE du Conseil, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

Directive 80/723/CEE de la Commission relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques.

Directive 88/295/CEE du Conseil du 22 mars 1988 modifiant la directive 77/62/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures et abrogeant certaines dispositions de la directive 80/767/CEE.

Directive 89/440/CEE du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

Documents issus de la procédure législative européenne* :

- COM(1986)679 du 18 novembre 1986.
- COM(1986)679/3 du 21 novembre 1986.
- COM(1986)679/4 du 24 novembre 1986.
- COM(1986)679/5 du 13 décembre 1986.
- COM(1986)679final du 23 décembre 1986.
- Rapport A2-37/88 fait au nom de la commission économique, monétaire et de politique industrielle du 5 avril 1988.
- COM(1988)354 final du 20 juin 1988.
- Position commune du Conseil 8970/88 du 31 octobre 1988 et du 8 novembre 1988.

Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

Directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures.

Directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux.

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.

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.

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.

Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.

Directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux et abrogeant la directive 2004/17/CE.

2. Textes nationaux

Ordonnance du Roi des 4-7 décembre 1836 portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État.

Ordonnance du Roi des 14 novembre-12 décembre 1837, portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance.

* Transmis par le service des Archives Historiques du Parlement européen et le service Information/ Archive du Conseil de l'Union européenne.

Décret des 16-20 Frimaire An 2, ordonnant la réparation des routes et des ponts aux frais de l'État.

Décret du 2 Brumaire an 4 concernant l'administration des ports et arsenaux de la marine.

Arrêté du directoire exécutif du 9 fructidor an 6 sur les marchés entreprises et fournitures du département de la marine.

Décret n°64-729 du 17 juillet 1964 portant codification des textes réglementaires relatifs aux marchés publics.

Loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence.

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.

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

Décret n°2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics.

Ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires.

Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics.

Décret n° 2006-504 du 3 mai 2006 portant application de l'ordonnance n° 2004-632 du 1er juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires

Ordonnance n° 2009-864 du 15 juillet 2009 relative aux contrats de concession de travaux publics.

Circulaire du ministre de l'Intérieur n° COT/B/11/0a052/C du 29 avril 2011 relative au régime juridique des sociétés publiques locales (SPL) et des sociétés publiques locales d'aménagement (SPLA).

Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics.

3. Rapports

COM(85)310 final, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen sur l'achèvement du marché intérieur, 28 juin 1985.

Rapport de Mme Nicole Bricq fait au nom de la commission des finances, *Doc. Parl. A.N.*, n° 3028, 25 avril 2001.

Rapport Tarabella fait au nom de la Commission du marché intérieur, PE483.468, du 11 janvier 2013.

VII. SITES INTERNETS

<https://www.legifrance.gouv.fr/>.

<https://eur-lex.europa.eu/homepage.html?locale=fr>.

https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/fr/.

Table des matières

INTRODUCTION.....	1
Partie 1 : La notion d'organisme de droit public, levier de l'évolution du critère organique de la commande publique.....	10
Chapitre 1 : Un outil de maîtrise de l'application razione personae du droit de l'Union européenne.....	10
Section 1 : Un outil d'extension du critère organique.....	10
I. Le constat de l'insuffisance d'un critère organique statutaire.....	11
<i>A. Le critère historique du statut public ou équivalent.....</i>	<i>11</i>
<i>B. La nécessité constatée d'un dépassement du critère historique.....</i>	<i>12</i>
II. L'introduction de la notion d'organisme de droit public comme avènement d'un critère organique hybride et durable.....	15
<i>A. Le rapport de la commission économique : l'extension initiée.....</i>	<i>15</i>
<i>B. La finalisation du critère organique : l'extension contenue.....</i>	<i>18</i>
<i>C. L'hybridation du critère organique : l'extension pérennisée.....</i>	<i>20</i>
Section 2 : Un outil d'autonomisation du critère organique.....	22
I. L'autonomisation par l'interprétation de la Cour de Justice.....	22
<i>A. L'interprétation fonctionnelle de la Cour de Justice.....</i>	<i>23</i>
<i>B. L'interprétation créatrice de la Cour de justice.....</i>	<i>29</i>
<i>C. La consécration de la jurisprudence de la Cour dans les directives.....</i>	<i>32</i>
II. L'autonomisation par la mise à distance des systèmes juridiques nationaux.....	33
<i>A. Le recours à une « notion à contenu national ».....</i>	<i>33</i>
<i>B. Le recours à une « notion à cohérence européenne ».....</i>	<i>35</i>
Chapitre 2 : Un facteur de mutation de l'application razione personae du droit national	38
Section 1 : Un facteur d'obligation d'extension du critère organique national avant 2015	38
I. L'illusion du droit classique des marchés publics comme droit des personnes publiques.....	38
<i>A. Les marchés publics classiques : marchés financés par des deniers publics</i>	<i>39</i>
<i>B. Le droit des marchés publics : droit des marchés qualifiés de contrats administratifs</i>	<i>41</i>

II. La soumission asymétrique des organismes de droit public aux marchés publics.	45
<i>A. La soumission au Code des marchés publics comme morcellement des règles applicables aux organismes de droit public.</i>	46
<i>B. Les seuils de passation.</i>	49
Section 2 : Un facteur de perte d'autonomie du critère organique national depuis 2015.	51
I. Un alignement notionnel : la soumission de tous les organismes de droit public au Code de la commande publique.	51
<i>A. L'alignement par la consécration de la notion de commande publique</i>	51
<i>B. Synthèse : les organismes de droit public soumis au Code de la commande publique.</i>	55
II. Un alignement imparfait : la soumission de toutes les personnes publiques au Code de la commande publique.	57
<i>A. Le refus justifié de transposer formellement la notion d'organisme de droit public.</i>	57
<i>B. Le maintien injustifié d'une confusion entre contrat administratif et contrat de la commande publique</i>	58
Partie 2 : La notion d'organisme de droit public questionnant l'évolution du critère organique en droit administratif	60
Chapitre 1 : Une notion mettant en lumière les lacunes du critère organique en droit administratif.	60
Section 1 : Les critères de la notion d'organisme de droit public, éléments de construction du « champ public ».	60
I. Le choix d'une méthode d'identification d'un « champ public ».	60
<i>A. La difficulté de rattacher la notion d'organisme de droit public à une notion existante de « champ public ».</i>	61
<i>B. La possibilité de définir une notion de « champ public » à partir de la notion d'organisme de droit public</i>	63
II. Champ public et droit national : l'exemple des contrats publics.	65
<i>A. Les faiblesses d'une approche des contrats publics comme contrats de l'Administration.</i>	65
<i>B. L'intérêt d'une approche des contrats publics comme contrats des personnes du champ public.</i>	67
Section 2 : L'impossible prise en compte du champ public par le critère organique actuel en droit administratif.	69
I. La remise en cause du critère organique en droit administratif par une lecture en termes de champ public	69
<i>A. L'utilité limitée du champ public pour souligner l'inefficacité technique de la personnalité publique.</i>	70
<i>B. L'utilité affirmée du champ public pour souligner l'inefficacité théorique de la personnalité publique.</i>	71

II. Champ public et droit administratif : l'exemple des contrats administratifs	75
<i>A. Le décalage entre contrats administratifs et contrats de la commande publique</i>	75
<i>B. L'émergence des contrats publics passés par les pouvoirs adjudicateurs</i>	77
Chapitre 2 : Une notion sollicitée pour l'évolution du critère organique en droit administratif	79
Section 1 : Une notion sollicitée pour redéfinir la catégorie des personnes publiques	79
I. Une sollicitation ambiguë	79
<i>A. Une sollicitation doctrinale catégorique</i>	79
<i>B. Une sollicitation jurisprudentielle équivoque : l'avis du 22 mai 2019</i>	81
II. Des implications incertaines	83
<i>A. Une proposition théoriquement importante</i>	84
<i>B. Une proposition difficile à mettre en œuvre en pratique</i>	85
Section 2 : Une notion inapte à redéfinir la catégorie des personnes publiques	86
I. Des avantages incontestables	86
<i>A. Une identification facilitée des personnes publiques</i>	86
<i>B. Une approche de l'Administration plus réaliste</i>	88
II. Des apories insurmontables	89
A. Les défaillances liées à la notion.....	89
B. Les défaillances liées aux effets de la redéfinition.....	91
CONCLUSION	93
BIBLIOGRAPHIE	94